



Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?

Rosenmeier, Morten; Blomqvist, Jørgen; Riis, Thomas; Schovsbo, Jens Hemmingsen; Schwemer, Sebastian Felix; Udsen, Henrik

Published in:
N I R

Publication date:
2018

Document license:
[CC BY-ND](#)

Citation for published version (APA):
Rosenmeier, M., Blomqvist, J., Riis, T., Schovsbo, J. H., Schwemer, S. F., & Udsen, H. (2018). Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"? *N I R*, 3, 291-357.

Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ”dansk ophavsret”?★

Af professor, ph.d. Morten Rosenmeier, adjungeret professor, lic.jur. Jørgen Blomqvist, professor, dr.jur., ph.d. Thomas Riis, professor dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, post.doc., ph.d. Sebastian Schwemer og professor, dr.jur., ph.d. Henrik Udsen★★

1. Indledning

Denne artikel undersøger, i hvilket omfang en række bestemmelser i den danske ophavsretslov er i overensstemmelse med EU-retten.

De nationale immaterialretlige ordninger påkaldte sig meget tidligt EU-rettens opmærksomhed. I den første bølge af EU-harmonisering fastslog EU-Domstolen, at traktatens regler om varenes og tjenesteydelserne fri bevægelighed, diskriminationsforbuddet og konkurrencereglerne også gælder for immaterialretten. De nationale rettigheder kan ikke udnyttes på en måde, så traktatens formål bringes i fare og det indre marked trues. Som følge af denne aktivitet blev de nationale immaterialretlige lovgivninger rettet til og ind, og det blev f.eks. fastslået, at nationale konsumptionsregler, som muliggør importbegrænsninger fsva. varer, som er markedsført af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke inden for EØS-området ikke kan retfærdiggøres efter det, som nu er TFEU art. 36.¹

Traktatens regler gælder naturligvis stadig, men i den praktiske ophavsret er de trådt tilbage som følge af den bølge af direktiver, som siden 1990'erne er skyllet hen over ophavsretten. Direktiverne blev i første omgang rettet mod områder, hvor Traktaten har muliggjort nationale særordninger, som, selv om de kunne retfærdiggøres efter EU-retten, alligevel udgjorde hindringer for det indre marked. Fokus var oprindelig ret snævert, men det blev efterhånden bredere. Der er

★ Artiklen er fagfællebedømt (peer review).

★★ Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, Center for Informations- og Innovationsret (CIIR). Læs mere om centret og forfatterne på www.jura.ku.dk/ciir.

¹ Se fsva. reglerne om varenes fri bevægelighed og udviklingen af konsumptionsprincippet navnlig 78/70 af 09.06.1971 (Deutsche Grammophon) 55/80 og 57/80 (GEMA) af 20.01.1981 og 58/80 af 22.01.1981 (Dansk Supermarked) (alle om ophavsret) og 15/74 af 31.10.1974 (Centrafarm v. Sterling Drug) (patenter) og 16/74 af 31.10.1974 (Centrafarm v. Winthrop) (varemærker). Et eksempel på en tidlig konkurrenceretlig sag er 56 og 58/64 af 13.07.1966 (Consten og Grundig). At man ikke må diskriminere på baggrund af EU-borgeres nationalitet blev fastslået i C-92 og 326/92 af 20.10.1993 (Phil Collins). Se generelt om EU-Domstolens tidlige aktivitet på det immaterialretlige område og særligt om spørgsmålet om konsumtion *Rognstad*, Spredning af værkseksemplarer, Oslo 1999, især s. 260 ff., og *Hartig Danielsen*, Parallelhandel og varenes frie bevægelighed. Kbh. 2004, bl.a. s. 227 ff.

for øjeblikket – afhængig af, hvordan man opgør det – 10 direktiver om ophavsret, og de rækker lige fra specifikke værktøjer (edb-programmer og databaser) og udnyttelsesformer (udlån og udleje, udsendelse via satellit- og kabel mv.) til en regulering af internettets ophavsretlige forhold. Dertil kommer også det horizontale retshåndhævelsesdirektiv. Og mere regulering er på vej.²

Som det korte rids ovenfor har vist, har EU-landenes ophavsret lige fra begyndelsen været omfattet af de almindelige harmoniseringsbestræbelser. I den første bølge var det EU-Domstolen, som drev udviklingen frem baseret på Traktatens regler. Den anden bølge var kendetegnet ved positiv ”lovgivning”. Den nuværende tredje bølge, som vi vil fokusere på i det følgende, indeholder en kombination af elementer fra de to forudgående bølger. Den er kendetegnet ved, at

² De hidtil udstedte direktiver om ophavsret er i skrivende stund (medio 2018): Direktiv 91/250 af 14.05.1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (nu afløst af et kodificeret direktiv 2009/24 af 23.04.2009) (nedenfor forkortet til ”programdirektivet”), direktiv 92/100 af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (nu afløst af et kodificeret direktiv 2006/115 af 12.12.2006) (”låne/lejedirektiv”), direktiv 93/83 af 27.09.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (”kabsat-direktiv”), direktiv 93/98 af 29.10.1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (nu afløst af et kodificeret direktiv 2006/116 af 12.12.2006, ændret ved direktiv 2011/77 af 27.09.2011) (”beskyttelsestidsdirektiv”), direktiv 96/9 af 11.03.1996 om retlig beskyttelse af databaser (”databasedirektiv”), direktiv 2001/29 af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (”infosoc-direktiv”), direktiv 2001/84 af 27.09.2001 om følgeret for ophavsmanden til et originalkunstværk (”følgeretsdirektiv”), direktiv 2012/28 af 25.10.2012 om visse tilladte anvendelser af forældreløse værker, direktiv 2014/26 af 26.02.2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikværker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked (CRM-direktiv) og direktiv 2017/1564 af 13.09.2017 om visse tilladte former for anvendelse af beskyttet stof til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehandicap, og om ændring af infosoc-direktivet. Hertil knytter sig en forordning 2017/1563 af 13.09.2017 om grænseoverskridende udveksling mellem Unionen og tredjelande af visse værker og andre frembringelser, der er beskyttet af ophavsret og beslægtede rettigheder, i tilgængeligt format til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehandicap, forordning 2018/302 af 28.02.2018 om imodegældelse af geoblokering og andre former for forskelsbehandling på grundlag af kunders nationalitet, bopæl eller hjemsted i det indre marked mv. (”geoblokeringsforordningen”), og forordning 2017/1128 om grænseoverskridende portabilitet af onlineindholdstjenester i det indre marked (”portabilitetsforordningen”). Ud over disse allerede gennemførte regelsæt er også andre områder under overvejelse. De forskellige tiltag følges lettest på Kommissionens hjemmeside (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright). De seneste initiativer omfatter et forslag af 14.09.2016 til direktiv KOM (2016) 593 om ophavsret i det digitale indre marked og et forslag af samme dato til forordning (KOM (2016) 594) om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af radio- og tv-selskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af radio- og tv-programmer (”broadcaster-forordningen”). Læs mere om de seneste initiativer hos *Schönning/Banke*, NIR 2017 s. 366 ff. og *Schwemer*, NTIK 2017 s. 105 ff. Generelt om harmoniseringsbestræbelserne inden for immaterialretten se bl.a. *Arnold i Pila/Ohly* (eds.), *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford 2013. Om harmoniseringen af ophavsretten se Hugenholtz’ artikel i samme værk og *Halpern/Johnson*, *Harmonizing Copyright Law and Dealing with Dissonance*, Cheltenham 2014. En række af de nævnte direktiver gennemgås bl.a. i Arnolds nævnte artikel samt i *Stamatoudi/Torremans* (eds.), *EU Copyright Law*, Cheltenham 2014, *Walter/von Lewinski* (eds.), *European Copyright Law*, Oxford 2010 og hos *Schönning*, EU-direktiverne om ophavsret, Kbh. 2015.

EU-Domstolen driver retsudviklende virksomhed via en ekspansiv og aktivistisk fortolkning af direktiverne.

Denne ekspansive fortolkning bærer bl.a. præg af to ting. For det første, at Domstolen generelt er tilbøjelig til at tolke de ophavsretlige direktiver på måder, der indebærer en maksimal grad af harmonisering og integration. Hvis man spørger EU-Domstolen, om et bestemt ophavsretligt spørgsmål er harmoniseret af et direktiv eller ej, kan man normalt regne med, at Domstolen vil strække sig langt for, at svaret kan blive positivt. På den måde prøver Domstolen at fremme den europæiske integration ved at trække så mange regler som muligt ind under de EU-harmoniserede områder.³ Somme tider resulterer denne aktivistiske fortolkningsstil i resultater, der virker overraskende eller evt. direkte chokerende for jurister, der arbejder efter en normal nordisk retskildelære. Det gælder også inden for ophavsretten.⁴ For traditionelt arbejdende, nationale ophavsretsspecialister er det en typisk rygmarvsreaktion at stemple visse af Domstolens domme om ophavsret som ”urigtige”, udtryk for en misforståelse o.l. Realiteten er imidlertid, at Domstolen er en central aktør i udviklingen af ophavsretten, og at man derfor bliver nødt til at forholde sig til resultaterne af denne praksis på alle niveauer inden for ophavsretten: i lovgivningen, i praksis, herunder ved domstolene, såvel som i den juridiske teori. Ophavsretten er på godt og ondt en del af den EU-retlige virkelighed. Den tid, hvor man kunne dyrke nationale idiosynkrasier, rinder hastigere ud, end mange vist har gjort sig det klart.

For det andet har Domstolen fastslået i en række domme, at direktiver i vidt omfang skal implementeres til punkt og prikke uden at overlade medlemslandene nogen frihed ved implementeringen. Se nærmere nedenfor 2.1–2.4. Også det er en måde, hvorpå Domstolen løbende fremmer den europæiske integration. I EU-rettens tidligere stadier var det imidlertid en udbredt holdning, at EU-direktiver i vidt omfang kun var udtryk for ”minimumsharmonisering” o.l., og at medlemsstaterne havde et vist rimeligt skøn, når direktiverne skulle implementeres og anvendes.⁵ Denne opfattelse har ikke kun været udbredt blandt de ministerielle embedsmænd, der havde til opgave at formulere de lovregler, der implementerede direktiverne. Den har også været udbredt blandt juridiske forfattere, herunder os, der står bag artiklen her. Og den har også været delt af de danske dommere, der skulle anvende reglerne i praksis. Også blandt EU-em-

³ Se generelt om EU-Domstolens fortolkningsstil f.eks. *Rasmussen*, EU-ret i kontekst, Kbh. 2003 s. 170 ff., *samme forf.*, The European Court of Justice, Kbh. 1998 s. 26 ff. og 30 ff., *Craig/de Búrca*, EU Law, Text, Cases, and Materials, Oxford 2008 s. 64 f., *Arnulf/Dashwood/Dougan/Ross/Spaventa/Wyatt*, Wyatt & Dashwoods European Union Law, London 2006 s. 388. Specielt om rettens ”legal activism” på ophavsretsområdet se bl.a. *Hugenholtz i Pila/Ohly (eds.)*, The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology s. 62 ff. Om Domstolens ophavsretlige harmoniseringsbestrebelse se også *Griffiths i Stamatoudi/Torremans (eds.)*, EU Copyright Law s. 1098 ff.

⁴ Eksempler i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg., Kbh. 2015 s. 80.

⁵ Se herved *Streinz*, Europarecht, 2005 s. 150 (”Kompromiss zwischen den Erfordernissen einheitlichen Rechts innerhalb der Gemeinschaft und weitestmöglicher Bewahrung nationaler Eigentümlichkeiten”).

bedsmænd har man kunnet iagttage den opfattelse, at direktiver i et vist omfang indebærer "minimumsharmonisering".⁶

Men ved EU-Domstolen er udviklingen gået den modsatte vej. Her har man gradvist strammet nettet mere og mere, indtil man nu er nået et punkt, hvor de ophavsretlige direktiver i vidt omfang afspejler bindende regler, som ikke overlader nogen fortolknings- eller skønsfrihed til medlemsstaterne. Se nedenfor afsnit 2.1 ff.

Det er derfor et spørgsmål, i hvilket omfang den danske ophavsretslovs regler lever op til Danmarks EU-retlige forpligtelser.

For at finde ud af det vil vi i artiklen her underkaste dansk ophavsret et stort EU-retligt serviceeftersyn. Serviceeftersynet tilrettelægges på den måde, at vi paragraf for paragraf gennemgår, i hvilket omfang den danske ophavsretslov lever op til Danmarks EU-retlige forpligtelser. Herudover omfatter serviceeftersynet det såkaldte de minimis-princip p.g.a. dets tætte sammenhæng med undtagelserne i ophavsretslovens kapitel 2. Se nedenfor 7.20.

Af pladmæssige grunde fokuserer artiklen kun på regler, i forbindelse med hvilke vi kan identificere mulige EU-retlige problemer eller tvivlsspørgsmål. Derimod gennemgås de regler, der ikke ses at give anledning til EU-retlige problemer, ikke.

Det er vores ambition, at denne artikel, som altså har til formål at dokumentere og påvise, at området for "dansk ophavsret" er meget snævrere end det normalt antages, kan give anledning til en mere almen diskussion i de danske og – forhåbentlig også! – nordiske ophavsretlige miljøer af forholdet mellem EU og national ophavsret.

Som det vil fremgå, er der en hel del steder, hvor forholdet mellem dansk ophavsret og EU-retten skaber gnidninger. At se dem opregnet kan virke overvældende. Det skal derfor understreges, at artiklen her ikke er ment som en kritik af de jurister, der har implementeret EU-reglerne i dansk ophavsret, herunder embedsmændene i Kulturministeriet. Implementeringen stammer fra en tid, hvor det simpelthen var den generelle opfattelse, at EU-regler overlod medlemslandene rimelige skøn ved implementeringen. Den opfattelse har også afspejlet sig i litteratur skrevet af denne artikels forfattere. Men nu blæser der andre vinde fra EU-Domstolen. Uanset om vi er praktikere eller teoretikere, må vi se på området med friske øjne.

I forbindelse med henvisninger til bøger anføres, ud over forfatternavn og titel, værkets udgivelsessted og -år første gang, der henvises til bogen, og ikke ellers. I forbindelse med bøger, der er udkommet i flere udgaver, tilstræbes det som udgangspunkt, at henvisningerne angår den seneste udgave. Somme tider kan det imidlertid ske, at senere udgaver af en bog behandler bestemte spørgsmål ander-

⁶ Se som et nyligt eksempel kommissionens "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market" (COM(2012) 372 final, 2012/0180 (COD)), annex II s. 45 i slutningen. Det hedder her, at direktivet om kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder (26.02.2014, 2014/26/EU) har karakter af et "minimum harmonisation" legal instrument".

ledes end tidligere udgaver, og hvor vi af den ene eller anden grund ønsker at henvise læseren til en tidligere udgave. Det er bl.a. relevant i forbindelse med forbindelse med henvisninger til *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret. Af hensyn til de jurastuderende, der bruger bogen som lærebog, er ophavsretskapitlet i bogens 2018-udgave væsentligt forkortet i forhold til 2015-udgaven, og der er derfor en række spørgsmål, der behandles mere grundigt og udførligt i 2015-udgaven end i 2018-udgaven. Ved henvisninger til bogen nævnes det derfor løbende, om henvisningerne vedrører 2015-udgaven eller 2018-udgaven.

Nogle af de problemer, der behandles i artiklen, er allerede behandlet udførligt i andre for nyligt udkomne værker af artiklens forfattere, herunder artikler her i NIR. De problemer behandles ikke lige så tilbundsående som spørgsmål, vi ikke har behandlet i detaljer før. I stedet henvises til de værker, hvor problemerne er behandlet mere tilbundsående.

2. Generel EU-ret om fortolkning af direktiver m.v.

Direktivets retsvirkning er fastlagt i TEUF art. 288, stk. 3: "Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen". Det følger heraf, at medlemsstaterne skal implementere direktivernes regler i national ret. Men som udgangspunkt bestemmer de selv hvordan. Direktiver kan derfor implementeres på forskellige måde i de forskellige medlemslande. Det er bl.a. under visse omstændigheder en mulighed at implementere direktiver på ulovbestemt grundlag, herunder ved at henvise til, at de regler, et direktiv søger at indføre, allerede gælder ifølge den nationale retspraksis.⁷

Det er et spørgsmål, hvor stor overensstemmelse de nationale regler skal have med de bagvedliggende direktiver, for implementeringen er korrekt, og hvor stor frihed medlemsstaterne har i den forbindelse. Det varierer. Hvis meningen med et direktiv er, at medlemsstaterne skal indføre en ganske bestemt retstilstand, hverken mere eller mindre, siger man somme tider, at der er tale om *totalharmonisering* (aka "fuldstændig harmonisering"). Hvis derimod meningen med et direktiv er at fastsætte mindstekrav til et eller andet, siger man somme tider, at der er tale om *minimumsharmonisering*.⁸

Man kan spørge, om direktiverne om ophavsret er udtryk for totalharmonisering eller minimumsharmonisering. Det er det svært at give noget præcist svar på. Bl.a. findes der ingen klare, almindeligt kendte EU-retlige principper for, hvornår et direktiv er udtryk for minimumsharmonisering eller totalharmonisering. Og hertil kommer en anden, meget vigtig ting. Det er, den gængse minimums-/

⁷ Se udførligt *Linkis*, Dansk ophavsrets fleksibilitet, Kbh. 2017 (gratis e-bogsversion på www.ubva.dk under "Publikationer") s. 82 ff.

⁸ Se bl.a. *Rasmussen*, EU-ret i kontekst, 2003 s. 205 ff., sml. *Engsig Sørensen/Runge Nielsen/Danielson*, EU-retten, 6. udg. 2014 s. 408 f. og 711 ff., *Neergaard/Nielsen*, EU-ret, 7. udg. 2016 s. 153 f., *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser, 2017 (gratis e-bogsversion på www.ubva.dk) s. 22 f., jf. s. 19 ff. Terminologien er også ofte indgået i ophavsretlig argumentation. Se som et par eksempler *Rosenmeier*, NIR 2007 s. 407 f., *Rosati*, Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law, Cheltenham 2013 s. 1 f. m note 1 og Generaladvokatens redegørelser i C-5/11 af 29.03.2012 (Donner) præmis 24 ff.

totalharmoniseringsterminologi i virkeligheden er *uhyre upræcis, fordi det grundlæggende er uklart, hvad "totalharmonisering" egentlig er*. Hvor meget valgfrihed en EU-regel giver medlemslandene, kan nemlig vise sig på flere forskellige måder. Og direktiver kan lægge bånd på deres valgfrihed i flere forskellige henseender.

Hvis man vil forstå, i hvilket omfang en EU-regel overlader valgfrihed til medlemsstaterne, er det derfor *ikke* nok at spørge, om reglen er udtryk for minimumsharmonisering eller totalharmonisering.

I stedet undersøger de følgende afsnit 2.1–2.4 tre spørgsmål:

- I hvilket omfang skal ord og begreber i ophavsretsdirektiver fortolkes ens i medlemslandene? (nedenfor 2.1)
- I hvilket omfang må medlemslandene supplere et ophavsretsdirektivs regler med egne regler? (nedenfor 2.2)
- I hvilket omfang må medlemslandene konkretisere generelt formulerede bestemmelser i ophavsretsdirektiver ved at supplere bestemmelsernes kriterier med flere kriterier? (nedenfor 2.3).

De spørgsmål har også relevans i forbindelse med andre direktiver end ophavsretsdirektiver. Derfor kan de svar, der nås frem til nedenfor, givetvis også have relevans på andre områder end ophavsret. Som disciplin er EU-retten imidlertid særdeles omfattende, og inden for visse dele af EU-retten kan der være forskellige fortolkningstraditioner mv., som ikke nødvendigvis går igen på andre EU-områder. Af resursemæssige grunde er vi imidlertid afskåret fra at undersøge til bunds, i hvilket omfang de svar på de nævnte spørgsmål, der nås frem til nedenfor, måtte have almen EU-retlig relevans. I stedet indskrænker vi os til at fokusere på, hvordan spørgsmålene skal besvares i relation til direktiver om ophavsret.

I den hidtidige EU-retlige og EU-ophavsretlige litteratur behandles spørgsmålet om, hvor stor frihed EU-regler overlader til medlemslandene, ofte som et spørgsmål om, hvorvidt reglerne afspejler minimumsharmonisering eller totalharmonisering, jf. ovenfor v. note 8. Da denne tilgang efter vores opfattelse imidlertid ikke er tilstrækkeligt præcis, er undersøgelsen i de nedenstående afsnit 2.1–2.4 i vidt omfang baseret på egne analyser af domme fra EU-Domstolen. Da vi som nævnt fokuserer på ophavsretsdirektiver, drejer dommene sig normalt om fortolkning af ophavsretsregler. I visse tilfælde inddrages dog også domme om andet end ophavsret.

EU-Domstolens praksis på ophavsretsområdet er kolossalt omfattende. Samtidig er der en række tilfælde, hvor Domstolens praksis afspejler logiske selvmodsigelser, eller hvor de regler, man kan udlede af den, forholder sig til hinanden som hovedregler og undtagelser og undtagelser til undtagelser. Hvis man vil have et præcist overblik over, hvordan de tre nævnte spørgsmål skal besvares, er det derfor nødvendigt for analysens værdi og troværdighed, dels at analysen baseres på omfattende studier af praksis fra EU-Domstolen, og dels at disse studier afrapporteres via en omfattende og detaljeret dokumentation. Den nødvendige dokumentation bringes nedenfor i fodnoter til de enkelte afsnit. Da en beskrivelse af EU-Domstolens almene fortolkningsprincipper på ophavsretsområdet ikke meningsfuldt kan gives uden at inddrage de materielle spørgsmål, sagerne

drejede sig om, kan det i den forbindelse ikke undgås, at analysen nedenfor afsnit 2.1–2.3 vil inddrage emner, der også behandles senere i artiklen. Uanset at der er tale om tungt stof, er redegørelsen i afsnit 2.1–2.3 imidlertid en forudsætning for, at det serviceeftersyn, der følger senere i artiklen, kan gennemføres troværdigt og tilbundsående.

2.1 I hvilket omfang skal ord og begreber i ophavsretsdirektiver fortolkes ens i medlemslandene? De ord og begreber, der indgår i juridiske regler, kan være mere eller mindre skarpe. Nogle ord og begreber kan være så konkrete, at de må anses for at sigte til en ganske bestemt ting. Hvad den ting er, må så afgøres ved *fortolkning*. Andre regler kan være så abstrakt og luftigt formuleret, at de lægger op til et konkret *skøn* hos retsanvenderen. Forskellen på fortolkning og skøn er, hvor stor valgfrihed retsanvenderen får. Hvis en regel skal fortolkes, er det retsanvenderens opgave at finde ud af, hvad den ”juridisk korrekte” forståelse er, herunder hvad den, der udstedte reglen, må antages at have ment med den. Hvis en regel derimod lægger op til et skøn, må retsanvenderen selv bestemme det.

Men mange ord og begreber skaber tvivl om, hvorvidt de lægger op til fortolkning eller skøn. Grunden er tit, at reglerne har en vis abstrakt karakter uden dog at være totalt luftige. I forbindelse med mange juridiske begreber kan det derfor være svært at se, om de giver retsanvenderen et skøn, og hvor stort skønnet er. Og i forbindelse med EU-regler kommer der det særlige spørgsmål til, hvem der skal foretage det skøn eller den fortolkning, som en regel måtte lægge op til, medlemslandene eller EU-Domstolen.

På EU-regulerede områder – herunder ophavsretten – har det derfor været et tilbagevendende spørgsmål, hvem der skal bestemme, hvordan man skal forstå ord og begreber i EU-direktiver, og hvor stor fortolknings- og skønsmulighed medlemsstaterne har i den forbindelse. Der står et ord i et direktiv. Spørgsmålet er, hvad ordet betyder. Hvem skal afgøre det? Medlemslandene eller EU?

Det er et spørgsmål, som EU-retten før i tiden ikke rigtig gav noget klart, generelt svar på. Spørgsmålet har derfor traditionelt været afgjort konkret fra gang til gang med udgangspunkt i de enkelte direktiver. Og der har været mange tilfælde, hvor medlemslandene eller EU-myndighederne mente, at medlemslandene havde en valgfrihed ved fortolkningen af ord og begreber i direktiver.⁹ I den forbindelse har det sikkert spillet en rolle, at direktiver, i modsætning til forordninger, ikke er direkte anvendelige, jf. TEUF art. 288, og at meningen med at udstede direktiver i stedet for forordninger jo er, at medlemslandene så selv må vælge ”form og midler for gennemførelsen”, jf. TEUF art. 288, stk. 3. I relation til de ophavsretlige direktiver er det også muligt, at medlemslandene har ladet sig påvirke af den kendsgerning, at det i vidt omfang er op til de kontraherende stater selv at tolke begreber i Bernerkonventionen og andre ophavsretlige traktater.¹⁰ Desuden er Bernerkonventionen udtryk for ”minimumsharmonisering” på den måde, at art. 19 giver de kontraherende stater lov til at give mere beskyttelse end

⁹ Se nærmere Axhamn i Karnell *m.fl. (red.)*, Liber Amicorum Jan Rosén, Visby 2016 s. 36 f. og 46.

¹⁰ Jf. Axhamn i Karnell *m.fl. (red.)*, Liber Amicorum Jan Rosén s. 37 og 46 med henvisninger.

den, der følger af konventionen. Måske kan der også være andre forklaringer. Under alle omstændigheder har der, både i forbindelse med ophavsretten og på andre områder, traditionelt været tendenser til at antage, at ord og begreber i EU-direktiver ikke nødvendigvis var fuldtud bindende for medlemsstaterne, og at de havde en vis frihed, når ordene skulle omsættes til national ret.

Men det udgangspunkt holder ikke længere. Nu har EU-Domstolen nemlig strammet skruen. Og det er i dag Domstolens almindelige linje, at medlemslandene simpelthen *skal anlægge ensartede, EU-retskonforme fortolkninger af ord og begreber i direktiver, medmindre direktiverne undtagelsesvis siger andet*. Det princip har almen rækkevidde inden for alle dele af EU-retten. Og det er ofte anvendt i relation til direktiver om ophavsret.¹¹ Der findes i øvrigt en række EU-retlige principper for, hvordan man skal finde frem til den rigtige EU-retskonforme fortolkning af ord og begreber i direktiver. Bl.a. skal man se på ordenes "sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der tages hensyn til den generelle sammenhæng, hvori det anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som det udgør en del af" mv.¹² Se om emnet udførligt *Axhamn* i *Liber Amicorum* Jan Rosén s. 48 ff. eller *Walter/von Lewinsky* (eds.), *EU Copyright Law* s. 21 ff.

Udgangspunktet er altså, at medlemslandene skal anlægge ensartede tolkninger af ord og begreber i direktiver, medmindre direktiverne udtrykkeligt siger andet. Til trods for dette bombastiske udgangspunkt kan det dog ikke desto mindre ske, at EU-retlige ord og begreber er så abstrakte og luftige, at de nødvendigvis må overlade et skøn til medlemsstaterne, selvom direktiverne ikke udtrykkeligt siger det. Det gælder også i relation til de ophavsretlige direktiver. EU-Domstolen er her nået frem til, at medlemslandene har en "skønsmargen" i forhold til, hvornår

¹¹ Se f.eks. C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE). Spørgsmålet var her bl.a., hvad der ligger i begrebet "overføring til almenheden" i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. EU-Domstolen slog i præmis 31 fast: "Det [...] følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der, således som bestemmelserne i direktiv 2001/29, ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning [...]. Det følger heraf, at den østrigske regering ikke med føje kan hævde, at det tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet 'almenheden', som direktiv 2001/29 anvender uden at definere det". Se tilsvarende C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq) præmis 27 ff. (om begrebet "delvis reproduktion" i infosoc-direktivets art. 2), C-510/10 af 26.04.2012 (DR og TV2 Danmark) præmis 33 ff. (om udtrykket "ved hjælp af egne midler" i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d), C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn) præmis 14 ff. (om begrebet "parodi" i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k) og C-128/11 af 03.07.2012 præmis 40 (om ordet "sælges" i programdirektivets art. 4, stk. 2). Se også nogle eksempler fra varemærkeretten og patentretten omtalt hos *Axhamn* i *Liber Amicorum* Jan Rosén s. 36. At der som udgangspunkt skal anlægges ensartede EU-retskonforme tolkninger af, ikke alene ord og begreber, men af EU-retlige regler helt generelt, er udtalt i visse sager. Se bl.a. C-128/11 af 03.07.2012 (UsedSoft) præmis 39 ("Ifølge fast retspraksis følger det såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union"). Se tilsvarende f.eks. C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq) præmis 27 præmis 25 og C-510/10 af 26.02.2012 (DR og TV2 Danmark) præmis 33.

¹² Jf. Se C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn) præmis 19 og C-285/12 af 30.01.2014 (Diakité) præmis 27 med flere henvisninger.

en skade er "minimal" i relation til infosoc-direktivets betragtning 35, der siger, at der ikke skal betales kompensation til rettighedshavere til gengæld for privatkopiering mv. "[I] tilfælde, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal".¹³ Desuden har Domstolen bestemt, at medlemsstaterne har en "vid skønsmargen" i relation til begrebet "rimelig kompensation" for privatkopiering i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b,¹⁴ og at de selv fastlægger "de mest relevante kriterier" for, hvornår noget er et "rimeligt vederlag" efter låne/lejedirektivets art. 8, stk. 2,¹⁵ og for hvad det vil sige at opstille undtagelser af hensyn til "den offentlige sikkerhed" efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra e.¹⁶ I nogle tilfælde har EU-Domstolen i den forbindelse henvist til et princip om, at hvis et direktivs forpligtelser ikke fremgår præcist af det, må medlemsstaterne fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at forpligtelserne respekteres.¹⁷ Desuden har Domstolen somme tider henvist til, at hvis et begreb ikke er defineret i et direktiv, har medlemslandene et skøn, hvis ikke der er noget, der taler imod det.¹⁸ Hertil

¹³ Jf. C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) præmis 56 ff.

¹⁴ Se C-462/09 af 16.06.2011 (Stichting de Thuiskopie) præmis 23 ("Hvad angår [...] spørgsmålet om, hvem der skal anses for at være skyldner for den rimelige kompensation, skal det bemærkes, at bestemmelserne i direktiv 2001/29 ikke udtrykkeligt bestemmer, hvem der skal betale kompensationen, og medlemsstaterne har derfor en vid skønsmargen ved afgørelsen af, hvem der skal betale denne rimelige kompensation"), jf. tilsvarende de forenede sager C-457/11 og C-460/11 af 27.06.2013 (VG Wort) præmis 74. I C-521/11 af 11.07.2013 (Amazon.com International Sales) præmis 20 og C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) præmis 20 tilføjes, at medlemslandene også har en vid skønsmargen mht., hvilken form kompensationen skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have.

¹⁵ Jf. C-245/00 af 06.02.2003 (SENA) præmis 34. EU-Domstolen fandt her, at da der ikke findes nogen fællesskabsdefinition af begrebet rimeligt vederlag, tilkommer det medlemsstaterne at fastlægge de "mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb respekteres inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved direktiv 92/100". Se også C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast) præmis 48. Med henvisning til SENA-dommen hedder det her, at "Domstolen [har] allerede [...] fastslået, at der ikke er nogen objektiv grund, der kan begrunde, at Fællesskabets retsinstanser nærmere fastsætter præcise regler for fastlæggelse af et ensartet rimeligt vederlag [...] Det er således udelukkende medlemsstaterne, der tilkommer på deres område at fastlægge de mest relevante kriterier [...]".

¹⁶ C-145/10 af 01.12.2011 (Painer) præmis 100 ff.

¹⁷ Se ud over SENA-dommen, ovenfor note 15, bl.a. C-521/11 af 11.07.2013 (Amazon.com International Sales) præmis 21 ("Når der i et direktiv ikke er tilstrækkeligt præcise EU-retlige kriterier med henblik på at afgrænse de forpligtelser, der følger af direktivet, tilkommer det [...] medlemsstaterne på deres område at fastlægge de kriterier, der er mest relevante for at sikre, at det pågældende direktiv overholdes inden for de grænser, der er fastsat ved EU-retten og navnlig ved direktivet [...]"). Jf. også C-36/05 af 26.10.2006 (Kommissionen mod Spanien) præmis 33 ("... når der i et direktiv ikke er tilstrækkeligt præcise fællesskabskriterier med henblik på at afgrænse de forpligtelser, der følger af direktivet, tilkommer det medlemsstaterne på deres område at fastlægge de kriterier, der er mest relevante for at sikre, at det pågældende direktiv overholdes inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved selve direktivet") og C-145/10 af 01.12.2011 (Painer) præmis 103.

¹⁸ Se C-245/00 af 06.02.2003 (SENA) præmis 34 ("[da] der [...] ikke foreligger en fællesskabsdefinition af udtrykket rimeligt vederlag, er der ikke nogen objektiv grund, der kan retfærdiggøre, at Fællesskabets retsinstanser fastsætter præcise måder for fastlæggelsen af et ensartet rimeligt vederlag, der ville tvinge Domstolen til at sætte sig i medlemsstaternes sted, for hvilke [låne/lejedirektivet] ikke fastsætter noget særligt kriterium [...]. Det tilkommer således udelukkende medlemsstaterne på deres område at fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb respekteres inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved [låne/lejedirektivets] betragtning 35, der siger, at der ikke skal betales kompensation til rettighedshavere til gengæld for privatkopiering mv. "[I] tilfælde, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal".

kommer diverse andre vidtgående, medlemsstats-venlige udmeldinger.¹⁹ Samtidig er det dog som sagt tidligere Domstolens almindelige linje, at ord og begreber i direktiver skal fortolkes ens, medmindre direktiverne udtrykkeligt siger andet, ovenfor med note 11. Det er ikke mindst den slags logiske selvmodsigelser fra Domstolens side, der gør retsområdet svært at gennemskue.

Men der meget langt imellem de sager, hvor medlemslandene selv må være med til at fastlægge betydningen af ord og begreber i direktiverne. EU-Domstolens almindelige linje i dag er tværtimod, at de skal undergives en fælles EU-retlig fortolkning. Det gælder selv i tilfælde, hvor de ord og begreber, det handler om, er abstrakte og luftige, sådan så man skulle tro, at de lagde op til et skøn fra medlemslandenes side. Se eksemplerne ovenfor i note 11.

Og hertil kommer en ting til: Selv hvor Domstolen undtagelsesvis anser medlemsstaterne for at have et skøn, er der ikke tale om nogen total frihed for medlemsstaterne. Som det ofte er fremhævet af Domstolen, vedrører skønnet derimod typisk kun de "mest relevante kriterier". Domstolen kan derfor også godt selv opstille kriterier. Og det holder den sig ikke tilbage med. Det indskrænker normalt medlemslandenes skønsmargen særdeles væsentligt.²⁰

rektivet]"). Tilsvarende C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast) præmis 46 ff., hvor Domstolen desuden bl.a. understreger, at "det af ordlyden og opbygningen af [låne/lejedirektivet] fremgår, at det foreskriver en minimumsharmonisering på området for ophavsretsbeslægtede rettigheder". Se også C-462/09 af 16. juni 2011 (Stichting de Thuiskopie), hvor Domstolen overlod medlemsstaterne en vid skønsmargen mht., hvem der skal betale kompensationen efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, fordi "bestemmelserne i [direktivet] ikke udtrykkeligt bestemmer, hvem der skal betale kompensationen", jf. præmis 23. Se også C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) præmis 20 ("For så vidt som bestemmelserne [...] ikke præciserer de forskellige elementer i ordningen for rimelig kompensation, har medlemsstaterne en vid skønsmargin til at afgrænse disse"), jf. tilsvarende de forenede sager C-457/11 og C-460/11 af 27.06.2013 (VG Wort) præmis 74 og C-521/11 af 11.07.2013 (Amazon.com International Sales) præmis 20 og C-145/10 af 01.12.2011 (Painer) præmis 100 ff.

¹⁹ I C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) præmis 56 ff. tillod EU-Domstolen medlemsstaterne at fastlægge, hvad det vil sige, at "skaden for rettighedshaveren er minimal", i relation til infosoc-direktivets betragtning 35. I den forbindelse udtalte Domstolen i præmis 57 ff., at direktivet kun havde til "formål [...] at harmonisere visse aspekter af ophavsretten og beslægtede rettigheder [...]" og at dets generelle opbygning var "afgrænset ved en række af dets bestemmelser, som viser EU-lovgivers hensigt om at give medlemsstaterne en skønsmargen ved dets gennemførelse, såsom artikel 5, der fastsætter en række undtagelser og indskrænkninger, som det står medlemsstaterne frit for, om de vil overføre i deres nationale ret. [...]. På samme måde som det står medlemsstaterne frit for, om de vil fastsætte den ene eller den anden af de undtagelser, der er præciseret i artikel 5, stk. 2, [...] eller ikke, har medlemsstaterne, således som det bekræftes i 35. betragtning [...] mulighed for i visse tilfælde, der er omfattet af anvendelsesområdet for de undtagelser, som de efter eget valg har indført, at fastsætte en fritagelse for betaling af den rimelige kompensation, når den skade, der er påført rettighedshaverne, er minimal. [...] Af de grunde [...] skal fastsættelsen af en tærskel, op til hvilken skaden kan kvalificeres som 'minimal' som omhandlet i 35. betragtning [...] også henhøre under medlemsstaternes skønsmargen, for så vidt som anvendelsen af denne tærskel bl.a. er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet".

²⁰ Se bl.a. C-245/00 af 06.02.2003 (SENA). Efter at have gjort et stort nummer ud af medlemsstaternes ret til at fastsætte de mest relevante kriterier for rimeligt vederlag efter låne/lejedirektivets art. 8, stk. 2, kunne Domstolen her ikke lægge skjul på, at den "rimelige karakter bl.a. skal fortolkes under hensyn til værdien af denne anvendelse i den økonomiske omsætning", jf. præmis 37, at Domstolens egen opgave var "at forsyne den forelæggende ret med de elementer, der gør det muligt for den at vurdere, om de nationale kriterier [...] kan sikre [...] et rimeligt vederlag under

Man kan derfor normalt gå ud fra, at der skal anlægges ensartede, EU-retskonforme fortolkninger af ord og begreber i direktiverne om ophavsret, medmindre der er særlige holdepunkter for at tro andet. Og selv hvor der er det, er medlemslandenes skønsmargen normalt meget begrænset.

2.2 Må medlemslandene supplere et ophavsretsdirektivs regler med egne regler? Desuden indskrænker ophavsretsdirektiverne medlemslandenes valgfrihed på en anden måde: Hvis et direktiv har til formål at fremme det indre marked, er dets regler nemlig somme tider udtømmende i den forstand, at medlemslandene *ikke må have andre, supplerende regler om samme spørgsmål som dem, direktivet regulerer*. Det har i flere tilfælde været relevant inden for ophavsretten.

Efter databasedirektivets art. 3, stk. 1, skal EU-landene f.eks. give ophavsretlig beskyttelse til kompilationer (databaser), der opfylder det ophavsretlige originalitetskrav, dvs. afspejler kreativitet. I C-604/10 af 01.3.2012 (Football Dataco) blev Domstolen spurgt, om det var foreneligt med art. 3 også at have andre former for ophavsret til kompilationer end den, direktivet nævner. Retten besvarede spørgsmålet med nej. I den forbindelse henviste den til, at direktivet havde til formål at "fjerne forskelle i den retlige beskyttelse, der gælder i henhold til medlemsstaternes love på området for retlig beskyttelse af databaser, herunder vedrørende rækkevidden og vilkårene for den ophavsretlige beskyttelse, og som har indvirket negativt på det indre markeds funktion, på den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser inden for Den Europæiske Union og på udviklingen af et

overholdelse af fællesskabsretten" (præmis 40), og at der bl.a. skal tages "hensyn til de metoder, der anvendes i de øvrige medlemsstater" (præmis 44). Desuden oplyste retten en lang række kriterier, det var relevant at inddrage, herunder antal udsendelsestimer, lytter- og seertallet, nabolandstariffer mm. (præmis 46). I C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast) understregede Domstolen i præmis 46 ff., at låne/lejedirektivet kun foreskrev minimumsharmonisering, og at medlemsstaterne selv fastsætter de mest relevante kriterier for rimeligt vederlag efter låne/lejedirektivets art. 8, stk. 2. Derefter skyndte den sig at tilføje, at medlemsstaterne skal udøve deres kompetence "inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten", og at der bl.a. skal henses til de forhold, der er nævnt i låne/lejedirektivets betragtning 17, det reelle lytter- og seerantal og sprogversionen mv. jf. præmis 49 ff. I C-467/08 af 21.10.2010 (Padawan) præmis 31 ff. fremhævede Domstolen, at begrebet "rimelig kompensation" efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b er et EU-retligt begreb, der skal fortolkes ens på Unionens område, at medlemsstaterne er afskåret fra at præcisere dets parametre på uensartet, ikke-harmoniseret vis, og at de kan opkræve kompensationen personer, der giver private brugere adgang til digitalt kopieringsudstyr eller tilbyder kopieringsservice mv. At "rimelig kompensation" er et EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet i medlemsstaterne, er også udtalt i C-572/13 af 12.11.2015 (Hewlett-Packard Belgium SPRL) præmis 35 ff., hvor Domstolen desuden bl.a. fremkom med en række anvisninger om, at der skal lægges vægt på, hvem der foretager kopieringen mv. Se videre C-462/09 af 16. juni 2011 (Stichting de Thuiscope) præmis 23 ff., hvor medlemsstaternes ifølge Domstolen vide skønsmargen mht. at afgøre, hvem der skal betale kompensationen efter infosoc-direktivet, ikke afholdt den fra at slå fast, at skyldneren er slutbrugeren eller personer, som giver slutbrugeren adgang til udstyr, apparater eller reproduktionsmedier. Jf. desuden C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi), hvor Domstolen, efter først i præmis 20 at have fremhævet medlemsstaternes vide skønsmargin i relation til infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a, opstillede en række udviklede betingelser og kriterier. Jf. tilsvarende C-521/11 af 11.07.2013 (Amazon.com International Sales). Intens indblanding i medlemsstaternes mulighed for at opkræve kompensation hos leverandører af forskellige typer af sammenkoblet udstyr mv. skete i de forenede sager C-457/11 og C-460/11 af 27.06.2013 (VG Wort) præmis 60 ff.

informationsmarked i denne” (præmis 48), og at direktivet var ”til hinder for en national lovgivning, der giver databaser [...] en ophavsretlig beskyttelse på andre vilkår end dem, der er fastsat i dets artikel 3, stk. 1”, jf. præmis 52. Se i samme retning C-479/04 af 12.09.2006 (Laserdisken): Efter infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, sker der konsumtion, når der sker et lovligt salg eller anden overdragelse af ejendomsret til værkseksemplarer ”i Fællesskabet”. Spørgsmålet var så, om medlemslandene kunne have regler om, at der også skete konsumtion, hvis der skete markedsføring *uden for* Fællesskabet. EU-Domstolen besvarede spørgsmålet benægtende, bl.a. med henvisning til at direktivet ikke overlod medlemsstaterne mulighed for at fastsætte en anden konsumptionsregel end direktivets (præmis 24). Desuden fremhævede Domstolen bl.a., at den tolkning var ”den eneste, som fuldt ud er i overensstemmelse med direktivets mål [...] at beskytte det indre markeds funktion”, og andet ville medføre ”hindringer for de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser i en situation, hvor nogle medlemsstater kunne foreskrive international konsumtion af retten til spredning, mens andre kun foreskriver fællesskabskonsumtion” (præmis 26). Se tilsvarende om det varemærkeretlige konsumptionsprincip C-355/96 af 16.7.1998 (Silhouette) præmis 15 ff. Som endnu et eksempel kan henvises til C-466/12 af 13.02.2014 (Svensson). EU-Domstolen blev her spurgt, om det er ”muligt for en medlemsstat at indføre en mere omfattende beskyttelse for ophavsmænds eneret ved at lade overføring til almenheden omfatte flere rettigheder end hvad der følger af artikel 3, stk. 1” i infosoc-direktivet. Domstolen svarede, at det er det ikke. Den henviste til, at andet ville skabe lovgivningsmæssige forskelle og dermed retlig uvisshed for tredjemand, hvilket ville bringe formålet med infosoc-direktivet i fare og påvirke det indre markeds funktion. Se præmis 34 ff.

Men at medlemslandene ikke må have andre, supplerende regler om samme spørgsmål som dem, et direktiv regulerer, er ikke noget klippefast princip. Somme tider fraviges det:

Infosoc-direktivet slår f.eks. fast, at ophavsmænd skal have eneret til eksemplarfremsstilling, eksemplarspredning og ”overføring til almenheden”, dvs. fremførelser, der udgår fra et andet sted end der, hvor publikum er, og herefter ad teknisk vej overføres til publikum, herunder udsendelse i radio/TV eller upload til internettet. Derimod står der ikke noget om, at ophavsmænd også skal have eneret til visning af værkerne eller til fremførelse for et tilstedeværende publikum (”direkte fremførelse”). Ikke desto mindre er det sædvanligt, at medlemslandene giver ophavsmændene eneret til direkte fremførelse. Desuden er der nogle EU-lande, herunder Danmark, der også giver ophavsmændene en visningsret. Det har EU ikke skredet ind over for. Indtil vi hører andet, går vi derfor ud fra, at det er lovligt.²¹ Som endnu et eksempel kan nævnes, at EU-Domstolen har udtalt i C-301/15 af 16.11.2016 (Soulier og Døke) præmis 48, at selvom infosoc-di-

²¹ Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 66 f., Stausholm Nielsen, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 31 ff., Rosati, GRUR Int. 2014 s. 422 m. note 43 m. henv. At medlemslandene har regler om direkte fremførelse er erkendt – og forudsætningsvist accepteret? – af EU-Domstolen i C-283/10 af 24.11.2011 (Circul Globus București) og C-403/08 af 4.10.2011 (Premier League) præmis 201 ff.

rektivet kun giver ophavsrettigheder til ophavsmænd, kan medlemslandene også godt give visse rettigheder til forlæggere, så længe rettighederne ikke krænker dem, der følger af direktivet.

Endnu et eksempel: Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, giver ophavsmænd eneret til overføring til almenheden, herunder ”on demand-tilrådighedsstillelse”, dvs. upload til nettet på en sådan måde, at publikum selv kan vælge, hvornår de vil tilgå stoffet. Art. 3, stk. 2, litra d, fortsætter med bl.a. at give eneret til on demand-tilrådighedsstillelse til radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser uden at sige noget om, hvorvidt de også skal have eneret til andre slags fremførelse end on demand-tilrådighedsstillelse. I C-279/13 af 26.03.2015 (Sandberg) afgjorde EU-Domstolen, at EU-landene ikke desto mindre gerne må give radio- og fjernsynsforetagender eneret til andre slags fremførelse end on demand-tilrådighedsstillelse, herunder sådan, så de kan skride ind over for links til hjemmesider, hvor man kan se deres udsendelser live, mens de udsendes. Resultatet skyldtes bl.a., at der udtrykkeligt står i låne/lejedirektivets betragtning 16, at medlemsstaterne ”bør have mulighed for at fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end den, der forlanges i henhold til dette direktivs bestemmelser i relation til radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden”. Dommen indeholder dog også nogle mere principielle udtalelser om, at infosoc-direktivets formål er at harmonisere ophavsretten i det omfang, det er nødvendigt af hensyn til det indre markeds funktion, at der kun er tale om en delvis harmonisering, og at det at det ikke var tanken at harmonisere arten og omfanget af beskyttelsen efter infosoc-direktivets art. 3, stk. 2, litra d.²²

Om medlemslandene må have andre, supplerende regler om samme spørgsmål som dem, et ophavsretsdirektiv regulerer, er derfor et svært spørgsmål, som man ikke kan give noget præcist, generelt svar på. Om der gælder det ene eller det andet, må afgøres ved fornuftig fortolkning fra gang til gang.

2.3 Må medlemslandene konkretisere generelt formulerede direktivbestemmelser? Endelig er det et spørgsmål, om medlemslandene har lov til at *konkretisere og indsnævre* bestemmelser i de ophavsretlige direktiver ved at *supplere bestemmelseernes kriterier med flere kriterier*. Eksempel: Ifølge infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra h, kan medlemslandene indføre ophavsretlige undtagelsesregler vedr. ”anvendelse af værker, f.eks. arkitektoniske værker eller skulpturer, der er beregnet til at være varigt anbragt på offentlige steder”. I Danmark er reglen implementeret i ophavsretslovens § 24, stk. 2. Det hedder her, at ”Kunstværker må afbildes, når de er varigt anbragt på eller ved en for almenheden tilgængelig plads eller vej. Bestemmelsen i 1. pkt. finder ikke anvendelse, såfremt kunstværket er hovedmo-

²² Se nærmere præmis 29 ff. Om dommen se i øvrigt *Schønning*, NIR 2015 s. 563 ff. Forf. antager på baggrund af den, at EU-landene kan anse linking til radio- og fjernsynsudsendelser for krænkende på andre betingelser, end der gælder efter EU-Domstolens andre domme om linking, dvs. indføre en anden definition på overføring til almenheden, end der ellers gælder, når det handler om radio- og fjernsynsudsendelsers fremførelser bortset fra online-tilrådighedsstillelse. Skeptisk *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 466 note 81.

tivet og gengivelsen udnyttes erhvervsmæssigt.” Man kan her spørge, om det er i overensstemmelse med infosoc-direktivet, når § 24, stk. 2, siger, at kunstværket ikke må være hovedmotivet og gengivelsen ikke erhvervsmæssig. Det står der jo ikke noget om i art. 5, stk. 3, litra h.²³ Eksempel 2: Efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, kan der indføres undtagelser om ”reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle”. I Danmark er reglen implementeret i ophavsretslovens § 12. Den opstiller en række supplerende kriterier, herunder at der kun må kopieres enkelte eksemplarer, og at de ikke må være lånte eller lejede mm. Spørgsmålet er, om vi må det.

Svaret er følgende:

For så vidt angår den *obligatoriske undtagelse om konsumtion af spredningsretten* i infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, har EU-Domstolen fremsat udtalelser, der muligvis betyder, at reglen skal implementeres, præcis som den står i direktivet.²⁴ Måske gælder det samme i relation til den obligatoriske undtagelse om midlertidig eksemplarfremsættelse i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1.²⁵

Når det handler om EU-regler, der definerer *andre ophavsretlige undtagelser, herunder de fakultative undtagelser i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2–4*, må medlemslandene derimod normalt gerne konkretisere undtagelserne ved at forsyne dem med betingelser ud over dem, der fremgår af direktiverne. Det skyldes bl.a. infosoc-direktivets betragtning 44,²⁶ den såkaldte ”tre trins-test” i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5,²⁷ og et generelt EU-retligt princip om, at regler, der indebærer

²³ Eksemplet hentet fra *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 55 f.

²⁴ Sml. mere uforbeholdent *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 58. EU-Domstolens udtalelser findes i C-479/04 af 12.09.2006 (Laserdisken) og C-419/13 af 22.01.2015 (Allposters). Det hedder her, henholdsvis at art. 4, stk. 2, ”ikke overlader medlemsstaterne nogen mulighed for at fastsætte en anden konsumptionsregel end reglen om konsumtion i Fællesskabet” (Laserdisken præmis 24) og at den ikke overlader dem ”nogen mulighed for at fastsætte en anden udtømningsregel end den, der er fastsat ved denne bestemmelse”, fordi det ville få indflydelse på det indre markeds funktion (Allposters præmis 30).

²⁵ Mere sikker *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 58.

²⁶ Betragtning 44 lyder: ”Når undtagelserne og indskrænkningerne som omhandlet i dette direktiv anvendes, bør det ske i overensstemmelse med internationale forpligtelser. Sådanne undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser. Medlemsstaternes bestemmelser om sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør navnlig på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger, sådanne undtagelser eller indskrænkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund. Det kan derfor blive nødvendigt at begrænse visse undtagelser eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser”.

²⁷ Tre-trin-testen er et generelt ophavsretligt princip om, at undtagelser til ophavsretten kun må indføres ”i særlige tilfælde” (trin 1), og kun hvis undtagelserne ikke skader den ”normale udnyttelse” af det beskyttede stof (trin 2) og ikke urimeligt gør indgreb i rettighedshavernes ”legitime interesser” (trin 3). Testen stammer oprindelig fra Bernerkonventionens art. 9, stk. 2 og er gentaget i TRIPS-aftalens art. 13, WCT art. 10, stk. 1, WPPT art. 16, stk. 2, låne/lejedirektivets art. 10, stk. 3 og infosoc-direktivets art. 5, stk. 5. Fra praksis se bl.a. C-117/13 af 11.09.2014 (Ulmer). Spørgsmålet var her, om infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra c, der tillader biblioteker mv. at foretage ikke-kommercielle ”særlige reproduktionshandlinger”, og art. 5, stk. 3, litra n, der tillader biblioteker mv. at gøre visse former for værker mv. i deres samlinger til genstand for overføring eller

undtagelser til en hovedregel, skal fortolkes snævert,²⁸ så længe en snæver fortolkning bare ikke lukker luften ud af undtagelserne og fratager dem effektiv virkning.²⁹ Hertil kommer forskellige andre begrundelser.³⁰ Det må derfor f.eks. være i orden, at den danske ophavsretslovs § 24, stk. 2, siger, at kunstværket ikke

tilrådighedsstillelse on demand med henblik på forskning mv., gjorde det muligt for biblioteker mv. at digitalisere deres bøger og gøre dem tilgængelige på terminaler. EU-Domstolen anså svaret for at være ja på visse betingelser, herunder at digitaliseringen skete på en måde, der respekterede tre trins-testen. Det fandtes den tyske ordning, der havde givet anledning til sagen, at gøre, bl.a. fordi den indebar, at antallet af digitale tilrådighedsstillelser af et værk ikke oversteg bibliotekets antal af fysiske eksemplarer af værket. Se præmis 48 f. Se også C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq). EU-Domstolen foreskrev her indskrænkende fortolkning af reglen om midlertidig reproduktion i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, med henvisning til tre-trins-testen i art. 5, stk. 5, og det straks nedenfor nævnte princip om, at undtagelser skal tolkes snævert, jf. præmis 56 og 58. Se tilsvarende C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspeler) præmis 62 f. og C-265/16 af 29.11.2017 (VCAST) præmis 31 f. At tre trins-testen påvirker fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, er antaget i C-572/13 af 12.11.2015 (Hewlett-Packard Belgium SPRL) præmis 59.

²⁸ Se bl.a. C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq) præmis 56. Ved fortolkningen af undtagelsesbestemmelsen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1 om midlertidig eksemplarfremsstilling (i Danmark ophavsretslovens § 11 a) havde EU-Domstolen her "for øje, at de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, efter fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende". Se også C-435/12 af 10.04.2014 (Stichting de Thuiskopie) præmis 20 ff. Retten nåede her frem til, at både tre trins-testen, infosoc-direktivets betragtning 44 samt det her nævnte EU-retlige princip tilsagde en indskrænkende fortolkning af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b. Bestemmelsen, der giver medlemslandene mulighed for at have undtagelser om kopiering til privat brug, måtte derfor forstås sådan, at der kun kan kopieres på baggrund af lovlige kilder. Se om dommen *Quintais*, IIC 2015 s. 66 ff. At der også gælder et krav om lovligt forlæg i relation til art. 5, stk. 2, litra a, om "reprografi", fremgår af C-572/13 af 12.11.2015 (Hewlett-Packard Belgium SPRL) præmis 57 ff. Se også nogle domme, som der henvises til i Infopaq-dommen anf. sted, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 162 og C-145/10 af 11.12.2011 (Painer) præmis 109.

²⁹ Se bl.a. C-145/10 af 11.12.2011 (Painer) præmis 129 ff. Domstolen fandt her, at der uanset tretrins-testen og princippet om indskrænkende fortolkning af hovedregler ikke var pligt til at tolke begrebet "citater" i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d, indskrænkende, sådan så citering pr. definition skulle kræve, at citatet tages over i noget, der i sig selv er et værk, jf. nærmere nedenfor note 31. I den forbindelse henviste Domstolen bl.a. til, at tolkningen af citatbegrebet ikke alene skulle respektere princippet om indskrænkende fortolkning af undtagelser, men også ske på en måde, der muliggør citat-undtagelsens effektive virkning og overholder dens formål, jf. præmis 133. Se tilsvarende de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 163 f. Spørgsmålet var her, om visse reproduktioner i forbindelse med tv-udsendelser var lovlige efter undtagelsen om midlertidig eksemplarfremsstilling i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1. Retten bemærkede, at princippet om snæver fortolkning af undtagelser lagde op til en indskrænkende fortolkning af reglen, men at fortolkningen dog skulle gøre det muligt at sikre undtagelsens effektive virkning og "muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion samt bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem på den ene side rettighedshavere og på den anden side brugere af beskyttede værker, der ønsker at benytte disse nye teknologier". Se også C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn) præmis 23, jf. nedenfor note 31.

³⁰ I de forenede sager C-457/11 og C-460/11 af 27.06.2013 (VG Wort) fremhæver EU-Domstolen, at overskriften til infosoc-direktivets art. 5 lyder "Undtagelser og indskrænkninger", og at denne sondring tillader medlemslandene at vælge, om de vil nøjes med begrænse ophavsmændenes eksemplarfremsstillingsret eller snarere sætte den helt ud af spillet. Se præmis 33 ff. Sml. også C-145/10 af 11.12.2011 (Painer). EU-Domstolen fandt her, at medlemslandene havde en vid skonsmargen ved fastlæggelsen af, hvornår der kan gøres undtagelse til ophavsretten af hensyn til "den offentlige sikkerhed", jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra e. Domstolen henviste i den forbindelse til de principper, der er nævnt ovenfor m. note 17 og 18, dvs. dels at begrebet ikke

må være hovedmotivet og gengivelsen ikke erhvervsmæssig, jf. eksemplet ovenfor. Der er jo tale om en indskrænkende konkretisering af undtagelsesreglen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra h. På samme måde må det være acceptabelt, at den danske ophavsretslovs § 12 stiller krav om, at der kun må privatkopieres enkelte eksemplarer etc. Uanset det her nævnte udgangspunkt kan der dog være en glidende overgang mellem tilfælde, hvor spørgsmålet er, om man må konkretisere en abstrakt direktivbestemmelse ved at supplere den med flere kriterier, og tilfælde, hvor spørgsmålet er, hvordan man skal tolke et begreb i et direktiv. Og i de sidstnævnte tilfælde er det Domstolens almindelige linje, at medlemslandene skal fortolke EU-retlige begreber ens, jf. ovenfor 2.1. Det kan i visse tilfælde udhule princippet om, at medlemslandene har lov til at konkretisere de ophavsretlige undtagelsesregler.³¹ Men som udgangspunkt må medlemslandene altså gerne konkretisere direktivernes ophavsretlige undtagelsesbestemmelser ved at forsyne deres nationale undtagelser med endnu flere kriterier. Da det som sagt bl.a. skyldes et EU-retligt princip om, at undtagelser til hovedregler fortolkes snævert, jf. ovenfor, kan det vel også være relevant i forbindelse med ophavsretlige regler, der ikke er udtryk for undtagelser til eneretten, men til andre typer af ophavsretlige hovedregler. Men det er svært at komme på et eksempel på stående fod.

Når det handler om regler, der indebærer undtagelser, må EU-landene altså gerne supplere direktivernes kriterier med flere kriterier. Når det handler om

var defineret og lagde op til et skøn, og dels at medlemsstaterne har lov til at fastlægge de mest relevante kriterier for at føre abstrakt formulerede direktiver ud i livet. Se nærmere præmis 101 ff.

³¹ Eksempel: Det er et gammelt ophavsretligt princip, at det er tilladt at udsætte værker for parodier o.l. Infosoc-direktivet tager højde for det i art. 5, stk. 3, litra k, der lader medlemslandene have ophavsretlige undtagelser om "anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche". Det er traditionelt antaget i en række lande, herunder de nordiske, at det er lovligt at parodiere værker, men at en parodi kun er lovlig, hvis den tilsigter at latterliggøre selve det værk, der indgår i parodien. Derimod har det krævet tilladelse at bruge værker som led i parodier på noget andet end værket selv, f.eks. politiske modstandere. Se nærmere nedenfor 5.4. Men det blev afskaffet i C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn), hvor EU-Domstolen definerede parodibegrebet sådan, at der er tale om en parodi, hvis man bruger et værk humoristisk som led i latterliggørelse af noget andet, uanset hvad det er, jf. nærmere nedenfor 5.4. Den traditionelle betingelse om, at parodier skal angå selve de parodierede værker, er dermed EU-retsstridig. Sådan må det være, uanset om man indfortolker betingelsen i selve parodibegrebet eller opstiller den som en selvstændig supplerende betingelse. Retten var ellers opmærksom på, at parodiprincippet indebærer en ophavsretlig undtagelse, som skal fortolkes indskrænkende, jf. præmis 22. Men den nåede ikke desto mindre frem til det omtalte resultat, bl.a. fordi "Fortolkningen af begrebet parodi skal [...] gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål", jf. præmis 23. Sml. C-145/10 af 11.12.2011 (Painer) præmis 129 ff.: Ifølge infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d, kan medlemsstaterne have undtagelser om citater. I en række lande, herunder Danmark, har man traditionelt ment, at citering kræver, at citatet indføres i noget, der i sig selv er et værk, jf. f.eks. *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016, kommentar 1.2 til § 22. I dommen blev EU-Domstolen spurgt, om det var "til hinder" for anvendelsen af art. 5, stk. 3, litra d, at citeringen sker i en presseartikel, der ikke i sig selv er et beskyttet værk. EU-Domstolen svarede, at det var det ikke. I den forbindelse henviste den til, at selvom art. 5, stk. 3, litra d, er en undtagelsesregel, der skal fortolkes indskrænkende, skal fortolkningen gøre det muligt at sikre undtagelsens effektive virkning og overholdelse af dens formål, jf. præmis 133. Det må betyde, at vi i Danmark ikke længere kan opretholde et krav om, at citering skal ske i noget, der i sig selv har værkskarakter, selvom der sådan set er tale om en supplerende indsnævring af citatbegrebet i art. 5, stk. 3, litra d.

regler, der *ikke* indebærer undtagelser, er spørgsmålet mere tvivlsomt. På den ene side gælder der et EU-retligt princip om, at EU-retlige bestemmelser skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i medlemslandene, medmindre andet undtagelsesvis fremgår af dem.³² Men samtidig gælder der som nævnt ovenfor 2.1 et andet, lidt uklart princip om, at hvis et direktivs forpligtelser ikke fremgår præcist af det, må medlemsstaterne fastlægge de "mest relevante kriterier" for at sikre, at forpligtelserne respekteres. Af det må følge, at hvis et direktivs regler er konkrete og klare, må medlemslandene som udgangspunkt ikke supplere reglerens kriterier med andre, medmindre det fremgår, at det forholder sig anderledes, eller medmindre reglerne har karakter af undtagelsesregler.

2.4 Hvad betyder principperne i praksis? Det her sagte betyder, at medlemslandene generelt kun har lille valgfrihed, når de ophavsretlige direktiver skal implementeres:

- Ord og begreber i de ophavsretlige direktiver skal normalt undergives den samme EU-retlige fortolkning i alle medlemslandene, medmindre der er tale om specielle særtilfælde. Og selv i de tilfælde er medlemslandenes skønsmargen normalt begrænset (ovenfor 2.1)
- Medlemslandene er i et vist omfang afskåret fra at supplere de regler, der fremgår af et direktiv om ophavsret, med andre regler om samme emne (ovenfor 2.2)
- Når det handler om konkrete og klare direktivbestemmelser, der ikke har karakter af undtagelsesregler, kan medlemslandene ikke supplere bestemmelsernes kriterier med andre kriterier (ovenfor 2.3)

Disse principper har ikke alene betydning for, hvordan medlemslandene skal formulere de love, der implementerer direktiverne i national ret. De betyder også noget for den måde, de nationale domstole skal tolke allerede implementerede direktivregler på. Det er nemlig et almindeligt princip, både efter EU-retten og national ret, at nationale regler så vidt muligt skal tolkes og administreres på en måde, så de kommer i overensstemmelse med EU-retten. Det antages dog, at de nationale domstole ikke i sager mellem private parter har pligt til at anlægge EU-retskonforme fortolkninger, hvis det er uforeneligt med klare, umisforståelige nationale lovregler. EU-Domstolen udtrykker det på den måde, at medlemslandene i den slags tilfælde trods alt ikke har pligt til at anvende EU-retten *contra legem*.³³ Men bortset fra den slags tilfælde har ikke alene lovgivningsmagten, men

³² Se bl.a. C-128/11 af 03.07.2012 (UsedSoft) præmis 39, citeret ovenfor note 11, C-5/08 af 16.07.2005 (Infopaq) præmis 27, C-34/10 af 18.10.2011 (Brüstle) præmis 25, C-510/10 af 26.04.2012 (DR og TV2 Danmark) præmis 33.

³³ Jf. bl.a. C-351/12 af 27.02.2014 (OSA) præmis 45 med henvisninger. Ikke-implementerede direktiver kan dog i visse tilfælde have "indirekte horisontal anvendelighed", dvs. at de kan påberåbes i private tvister, så længe det ikke påfører parterne rettigheder og pligter, men nøjes med at påvirke deres retsstilling mere indirekte. Se *Engsig Sørensen/Runge Nielsen/Hartig Danielsen*, EU-retten, Kbh. 2014 s. 160 ff., *Craig/de Búrca*, EU Law s. 207 f. og *Chalmers/Davies/Monti*, European Union Law, Cambridge mv. 2010 s. 290 ff. Men princippets indhold og rækkevidde er, må det

også domstole og andre retsanvendere pligt til så vidt muligt at fortolke nationale retsregler på en måde, så de kommer i overensstemmelse med direktiverne.

Og det skaber en række udfordringer for dansk ophavsret. Se nærmere de følgende afsnit.

3. Værksbegrebet og originalitetskravet. Ophavsretslovens §§ 1, 4, stk. 1 og § 5

Den danske ophavsretslovs regler om beskyttede litterære og kunstneriske værker findes i § 1 (originalværker), § 4, stk. 1 (bearbejdelser) og § 5 (samleværker). Det er en betingelse for ophavsretlig beskyttelse, at værket har originalitet (a.k.a. ”værkshøjde”), dvs. at det er udtryk for kreativitet.

Værksbegrebet og originalitetskravet er delvist EU-harmoniseret: Efter programdirektivet,³⁴ databasedirektivet³⁵ og beskyttelsestidsdirektivet³⁶ har EU-landene pligt til at give ophavsret til computerprogrammer, databaser og fotografier. Alle direktiver udtaler i den forbindelse, at beskyttelsen skal gives, så snart værkerne er ophavsmandens ”egen intellektuelle frembringelse”, og at der ikke må stilles nogen krav ud over det, herunder kvalitetskrav.³⁷ De tre direktiver er de eneste, der indeholder en udtrykkelig harmonisering af det ophavsretlige værksbegreb på EU-plan. Bortset fra computerprogrammer, databaser og fotografier er det derfor som udgangspunkt op til medlemslandene selv at afgøre, hvilke værker vi vil give ophavsret til, og hvilke originalitetskrav vi vil stille til dem. I Norden plejer vi f.eks. at fortolke originalitetskravet forskelligt i forbindelse med forskellige værkstyper og stille milde krav til f.eks. skønlitteratur og billedkunst, men strenge krav til brugskunst og sceneværker m.m. Bagved har ligget en tanke om, at man skal passe på med at give for meget beskyttelse af værker af den sidstnævnte slags, og at man kan løse problemet ved at skruer op for originalitetskravet.³⁸

erkendes, tvivlsomt og svært at udtale sig om. Se nærmere gennemgangen i de nævnte bøger. Sml. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret s. 130.

³⁴ 91/250 af 14.05.1991, nu afløst af et kodificeret direktiv 2009/24 af 23.04.2009.

³⁵ 96/9 af 11.03.1996.

³⁶ 93/98 af 29.10.1993, nu afløst af et kodificeret direktiv 2006/116 af 12.12.2006 som ændret ved direktiv 2011/77 af 27.09.2011.

³⁷ Jf. programdirektivet art. 1, stk. 3, jf. betragtning 8, databasedirektivet art. 3, stk. 1, jf. betragtning 15, og beskyttelsestidsdirektivet art. 6, jf. betragtning 16.

³⁸ Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 78. Der er som sagt bl.a. nordiske domme, der afspejler den opfattelse, at der gælder restriktive originalitetskrav til *brugskunst*. Se bl.a. UfR 1968.189 Ø, UfR 1968.576 H, UfR 1979.588 SH, UfR 1981.946 H UfR 1991.335 H eller senest UfR 2012.129 H. Sø- og Handelsrettens flertal, hvis votum blev tiltrådt af Højesteret, afviste her at beskytte en Nørsgaard T-shirt, bl.a. med henvisning at ”Under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsmæssigt flygtige”. Se hertil *Schmidt*: Teknologi og immaterialret, Kbh. 1989 s. 64, 69, 76. Tendensen har især været tydelig i svensk ret, hvor man fra 1970 og i en række år frem var særdeles tilbageholdende med ophavsretlig brugskunstbeskyttelse ud fra den betragtning, at brugskunsten burde opholde sig i mønsterloven, og at ophavsret krævede ”ganska stränga krav på konstnärlighet”. Se nærmere bl.a. *Levin* i Festskrift till Sveriges advokatsamfund, Stockholm 1987

Men infosoc-direktivet bestemmer, at medlemslandene skal give ophavsmænd eneret til eksemplarfremsættelse, spredning og overførelse til almenheden, jf. nærmere direktivets art. 2–4. Og det fremgår af retspraksis fra EU-Domstolen, at disse rettigheder gives til værker, og at det vil sige fænomener, der er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, dvs. resultat af kreative valg. På den måde er det lykkedes Domstolen at gennemføre en harmonisering af originalitetskravet.³⁹

Det må betyde, at det ikke længere er holdbart at stille strenge, restriktive originalitetskrav til nogle former for værker. Det er f.eks. slut med at stille strenge originalitetskrav til sceneinstruktion eller kontraktsformularer.

Det er derimod mere tvivlsomt, om harmoniseringen af originalitetskravet gælder for *brugskunst*. Der står nemlig i EU's mønsterdirektiv (98/71EF af 13.

s. 328 og *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, Kbh. 2001 s. 235 ff. Se også Högsta domstolens dom i NJA 2009 s. 159/NIR 2009 s. 490 ff. Den svenske højesteret udtaler her, at brugskunst er genstand for et "något sänkt krav på verkshöjd som dock inte påtagligt skiljer sig från de krav som i andra fall upprätthålls för ett upphovsrättsligt skydd", men at der dog stadig må antages at "gälla ett högre krav på verkshöjd än det som ställdes upp i tiden före 1970 års lagstiftning" (her citeret fra den ikke-reviderede tekst i NJA-versionen af dommen). Man har også stillet strenge originalitetskrav til sceneinstruktion. Se FT 1959–60, tillæg A s. 2695 f., UfR 1965.394 H og *Weincke* i NIR 1962 s. 263 ff. Se også den norske højesteretsdom i NIR 2009 s. 206 ff., hvor retten bl.a. udtalte, at der gælder "særlige krav til originalitet" til sceneværker, jf. præmis 47. Flere eksempler i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret anf. sted.

³⁹ Se C-5/08 af 16.7.2009 (Infopaq) præmis 33 ff. (udtalt, at reproduktionsretten efter infosoc-direktivets art. 2, litra a, kun finder "anvendelse i relation til en genstand, der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse"), C-393/09 af 22.12.2010 (BSA) præmis 44 ff. (udtalt, at computerprogrammers "grafiske brugergrænseflader" (dvs. skærm billeder) kan være omfattet af den almindelige ophavsretlige beskyttelse i henhold til infosoc-direktivet, hvis de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, fordi beskyttelse efter direktivet altid forudsætter, at der foreligger et værk, der er det), de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League), præmis 96 ff. (antaget, at værker skal være ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, og at der derfor ikke er ophavsret til sportsbegivenheder), C-145/10 af 01.12.2011 (Painer) præmis 87 ff. (udtalt, at "ophavsretten kun kan anvendes i relation til en genstand [...], der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse [...]. Som det fremgår af 17. betragtning til [beskyttelsesdirektivet] betragtes en intellektuel frembringelse som ophavsmandens egen, når den afspejler hans personlighed. [...] Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg på flere måder og på forskellige tidspunkter i forbindelse med fremstillingen"), C-406/10 af 02.05.2012 (SAS Institute), præmis 45 og 65 ff. (afgjort, at programmeringssprog og brugsanvisninger ikke er programmer, men at de kan beskyttes som andre slags værker, hvis de som krævet af infosoc-direktivet er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse) og C-355/12 af 23.01.2014 (Nintendo) præmis 21 (hvor retten – der kortvarigt havde glemt, at originalitetskravet til edb-programmer fremgår af programdirektivet og ikke infosoc-direktivet – understregede, at infosoc-direktivet beskytter værker, og at det følger af Infopaq-dommen, at "værker såsom edb-programmer er [...] ophavsretligt beskyttet på den betingelse, at de er originale, dvs. at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse"). Det nævnte originalitetskriterium og visse af dommene er også omtalt i C-604/10 af 01.03.2012 (Football Dataco), præmis 37 f., afgjort efter databasedirektivet. Læs mere om harmoniseringen af originalitetskravet i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 78 ff., *Rosenmeier* i *Bryde Andersen/Heide-Jørgensen/Schovsbo* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Kbh. 2003 s. 489 ff., *Axhamn*, NIR 2010 s. 347 f. med henvisninger i note 38, *Tøien*, NIR 2012 s. 403 ff., *Schovsbo* i *Henrichsen/Rytter/Rønsholdt* (red.), Ret, informatik og samfund. Festskrift til Blume, Kbh. 2010 s. 585 ff., *Rosenmeier* i samme værk s. 575 ff. og *Rosati*, Originality in EU Copyright.

oktober 1998) art. 17, at design, der skal have designbeskyttelse efter direktivet, også skal kunne få ophavsretlig beskyttelse, og at ”Hver medlemsstat fastsætter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan beskyttelse, herunder kravet til originalitet”. Man kan derfor argumentere for, at det stadig er op til medlemsstaterne at bestemme over originalitetskravet til brugskunst.

Men spørgsmålet er tvivlsomt. EU-Domstolen foretrækker i vidt omfang fortolkningsløsninger, der medfører størst mulig EU-harmonisering og integration. Se nærmere ovenfor 1. Og det er helt oplagt, at det vil trække i retning af, at harmoniseringen af originalitetskravet også gælder for brugskunst. Der må derfor være en meget høj grad af sandsynlighed for, at EU-Domstolen vil mene, at det er tilfældet.⁴⁰ Det er derfor f.eks. nok på kant med EU-retten, når det hedder i UfR 2012/229 H, at der stilles ”betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for mode-artikler”.⁴¹

EU-harmoniseringen af originalitetskravet gør det også tvivlsomt, om vi kan blive ved med at gå ud fra, at der nogle litterære eller kunstneriske produkter pr. definition er udelukket fra beskyttelse, selvom de lever op til originalitetskravet. Spørgsmålet om, hvilke værkstyper der skal have beskyttelse, er ganske vist kun udtrykkeligt harmoniseret for så vidt angår edb-programmer, databaser og fotografier, jf. ovenfor m. note 34–37, og medlemslandene bestemmer derfor som udgangspunkt selv, hvilke værkstyper der skal beskyttes. Men på den anden side har EU-Domstolen udtalt, at der er beskyttelse til værker, der har karakter af ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁴² Det er derfor ikke givet, at medlemslandene kan vælge, at visse fænomener, der fremtræder som originale værker, af en eller anden grund ikke kan beskyttes. I dansk ret antages det f.eks. traditionelt, at blanketter og skemaer o.l. bør klare sig uden beskyttelse p.g.a. hensynet til ”den ønskelige standardisering inden for erhvervslivet og admini-

⁴⁰ Udførlig argumentation i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2015 s. 79 ff.

⁴¹ Den nordiske lære om, at brugskunst er undergivet et særligt strengt krav, kan føres tilbage til tysk ret, jf. hertil *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, s. 232. I en afgørelse af 13.11.2013 (I ZR 143/12 – Geburstagszug) har den tyske højesteret imidlertid skiftet kurs og bestemt, at der gælder samme originalitetskrav til brugskunst som til andre værker. Retten anfører dog, at kursændringen ikke er begrundet i EU-Domstolens praksis, men snarere i ændringer i den tyske designlov (jf. præmis 26–32). Se hertil bl.a. *Ohly i Karnell m.fl. (red.)*, Liber Amicorum Jan Rosén, Stockholm 2016. Også den norske højesteret holder stand indtil videre. Se rettens dom af 27.06.2011 (HR-2012-1325-A) Rt. 2012 s. 1062, NIR 2014 s. 161 ff. (Tripp Trapp-barnestol). Det hedder her i præmis 69, at der ikke er noget harmoniseringsdirektiv om brugskunst, og at EU-retten derfor ikke har betydning for, hvornår brugskunst beskyttes i norsk ret. Kritisk over for dommen *Toien*, NIR 2012 s. 421 f.

⁴² Jf. ovenfor note 39 og f.eks. C-355/12 af 23.01.2014 (Nintendo) præmis 21 ([infosoc-direktivet] [...] vedrører retlig beskyttelse af ophavsret og dermed beslægtede rettigheder, der for ophavs-mændenes vedkommende omfatter enerettighederne til deres værker. Hvad angår værker [...] er disse ophavsretligt beskyttet på den betingelse, at de er originale, dvs. at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”).

strationen”.⁴³ Det er muligvis uholdbart i lyset af harmoniseringen af originalitetskravet.⁴⁴

4. Beskyttelsens indhold. Ophavsretslovens § 2

4.1 Overføring til almenheden. Efter ophavsretslovens § 2 indebærer ophavsretten en eneret til eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse for almenheden ved eksemplarspredning, eksemplarvisning og offentlig fremførelse. Bortset fra visningsretten er rettighederne tæt EU-harmoniseret.⁴⁵

EU-retten repræsenterer en udfordring, når det handler om fremførelsesretten.

I forbindelse med den må man sondre mellem to typer af fremførelse: For det første fremførelse, der udgår fra *samme sted som der, hvor publikum er*, f.eks. hvis en lærer holder et foredrag for elever i en forelæsningsal, eller hvis skuespillere eller musikere fremfører værker foran et publikum (”direkte fremførelse”). Det følger muligvis af databasedirektivets art. 5, litra d, at ophavsmænd til databaser, der beskyttes som egentlige værker, skal have eneret til direkte fremførelse for et tilstedeværende publikum, f.eks. i undervisningssammenhæng. På andre områder er reglerne om direkte fremførelse ikke EU-harmoniseret.⁴⁶ For det andet omfatter fremførelsesbegrebet fremførelser, der sker ad teknisk vej, og som udgår fra *et andet sted* end der, hvor publikum er, herunder ved radio- og tv-transmission eller fremførelse over internettet. Den form for fremførelse kaldes på engelsk ”communication to the public” og oversættes normalt til ”overføring til almenheden” eller evt. ”kommunikation til offentligheden”. Den er tæt EU-harmoniseret.⁴⁷

⁴³ Jf. *Schønning*: OPHL-kom., kommentar 1.3.2 til § 1, og *Lund*: Ophavsretsloven, Kbh. 1960 s. 272 m. henv. Se hertil FT 1959–60 tillæg A s. 2771, sml. 1933.713 H.

⁴⁴ Se *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 83.

⁴⁵ At ophavsretten skal medføre eneret til *eksemplarfremsstilling*, fremgår af programdirektivet art. 4, stk. 1, litra a og b (computerprogrammer), databasedirektivets art. 5, litra a (originale databaser), se også art. 7, stk. 1, der giver eneret til ”udtræk” af naboretligt beskyttede databaser, forstået som ”permanent eller midlertidig overførsel af hele en databases indhold eller en væsentlig del deraf til et andet medium”) og infosoc-direktivet art. 2 (andre værker end edb-programmer samt udøvende kunstneres præstationer og naboretligt beskyttede lydoptagelser, film og radio/tv-udsendelser). Se også låne- og lejedirektivets art. 7, der giver udøvende kunstnere og radio/tv-selskaber eneret til optagelse. Eneretten til *eksemplarspredning* fremgår af låne- og lejedirektivets art. 1 ff., infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, databasedirektivets art. 5, litra e, og programdirektivets art. 4, stk. 1, litra c. Retten til *visning* er, for så vidt angår databaser, harmoniseret af databasedirektivets art. 5, litra d, som giver ophavsmænd til ophavsretligt beskyttede databaser eneret til ”tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden”, se også litra e, der siger, at de skal have eneret til ”eksemplarfremsstilling, spredning, tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden” af bearbejdede version af databaserne. Tilsvarende bestemmer programdirektivet i art. 4, stk. 1, litra a, at ophavsmænd til computerprogrammer skal have eneret til ”visning på skærm”. Bortset fra det er visningsretten ikke EU-harmoniseret. Skærmvisninger af den art, der nævnes i programdirektivet, er i øvrigt nok ikke visning, men snarere fremførelse efter moderne opfattelse. Se forarbejderne til § 2, stk. 3, nr. 2, i lovforslag L19 2002 og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 163. Om harmoniseringen af retten til *fremførelse* se straks nedenfor.

⁴⁶ Se bl.a. EU-Domstolens dom af C-283/10 af 24.11.2011 (Circul Globus București) præmis 35 ff. og C-403/08 af 4.10.2011 (Premier League) præmis 201 ff.

⁴⁷ Se infosoc-direktivet art. 3, stk. 1 og 2 satellit- og kabeldirektivet art. 1 ff. og låne- og lejedirektivets art. 8., stk. 1 og 2. Retten til overføring til almenheden fremgår også af en række traktatbestemmelser, herunder Bernerkonventionens art. 2 bis, stk. 2, art. 11, stk. 1, nr. ii, art. 11 bis, stk. 1, art. 11 ter, stk. 1, nr. ii, art 14, stk. 1, nr. ii, TRIPS-aftalens art. 14, stk. 1 og 3, WCT art. 8, WPPT

Det er kun fremførelser, der kan karakteriseres som *offentlige*, der kræver til-ladelse fra ophavsmanden. I nordisk ret har man udviklet en række kriterier for, hvad det vil sige. Det spiller bl.a. en rolle, om fremførelsen er åben for alle eller sker for mere ”sluttede kredse”, og om den er erhvervsmæssig.⁴⁸ Der er også en omfattende retspraksis om, hvornår fremførelser i foreninger er offentlige. Der lægges bl.a. vægt på foreningens formål, antallet af medlemmer i foreningen, optagelseskriterierne mv.⁴⁹ For at fastslå, at ”musik til arbejdet” for de ansatte på fabrikker o.l. er offentlig, bestemmer ophavsretslovene i Danmark, Sverige og Finland i øvrigt udtrykkeligt, at fremførelser i en erhvervsvirksomhed, der sker over for ”en større kreds”, pr. definition altid er offentlige, uanset om en sådan større kreds måtte være offentlig i andre sammenhænge, jf. lovenes § 2, stk. 4, nr. 2. Med støtte i forarbejderne antages det i dansk ret, at en større kreds betyder 40 personer eller derover. I Sverige, derimod, antages det på baggrund af udtalelser i SOU 1956:25 s. 105, at en større kreds normalt vil betyde over 50, men ikke under 20 personer.⁵⁰ Anden håndfast kvantificering af fremfø-relsesbegrebet sker i den danske ophavsretslovs § 35, stk. 2. Det hedder her, at kabelviderespredning af trådløst udsendte radio/tv-udsendelser, der højst sker til 2 tilslutninger, pr. definition ikke er offentlig fremførelse. Meningen er at lægge op til den modsætningsslutning, at fremførelse til mere end to tilslutninger pr. definition er offentlig. Se nærmere nedenfor 7.19.

Men EU-Domstolen har afsagt en række domme om, hvornår overføringer sker til almenheden.⁵¹ De kriterier, der kan udledes af dommene, gennemgås i

art. 6, nr. i, og art. 15 samt Romkonventionens art. 7, stk. 1, litra a. — Som sagt oversættes det, der her er kaldt overføring til almenheden, og som på engelsk hedder ”communication to the public”, somme tider til ”kommunikation til offentligheden” i stedet for, herunder i den danske udgave af låne- og lejedirektivet. Men der er tale om samme begreb med samme indhold. Se C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) præmis 34, jf. præmis 22 ff.

⁴⁸ Se f.eks. UfR 2004.2134 H eller UfR 1999.2011 H, Udsen, De informationsretlige grundsæt-ninger, Kbh. 2009 s. 179 f., 206, 211 ff. og 226 ff., Schønning, Komm.OPHL, kommentar 3.4.1 ff. til § 2, og Rosenmeier, NIR 2016 s. 443 ff.

⁴⁹ Se UfR 1978.610 Ø, UfR 1972.700 Ø, UfR 1969.946 Ø, UfR 2004.2134 H, Schønning, Komm.OPHL, kommentar 3.4.3 til § 2 og Rosenmeier, NIR 2016 s. 449 ff., jf. s. 443 ff.

⁵⁰ Jf. Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, Stockholm 2006 s. 70 f., Lund, Ophavsret, Kbh. 1960 s. 84.

⁵¹ Det drejer sig om: C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast), C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE), jf. en kendelse C-136/09 af 18.03.2010 (OSDD), de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League), de forenede sager C-431/09 og C-432/09 af 13.10.2011 (Airfield), C-135/10 af 15.03.2012 (SCF), C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)), C-607/11 af 07.03.2013 (ITV Broadcasting), C-466/12 af 13.02.2014 (Svensson), C-351/12 af 27.02.2014 (OSA), C-348/13 af 21.10.2014 (BestWater), C-151/15 af 14.07.2015 (Sociedade Portuguesa de Autores), C-325/14 af 19.11.2015 (SBS Belgium), C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) og C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media), C-527/15 af 26.04.2017 (Stichting Brein), C-138/16 af 16.03.2017 (AKM), C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspe-ler) og C-265/16 af 29.11.2017 (VCAST). Visse sager indeholder udtalelser vedr. indholdet af almenhedsbegrebet uden direkte at angå det, se C-314/12 af 27.03.2014 (UPC Telekabel Wien GmbH) præmis 38 f., C-117/13 af 11.09.2014 (Ulmer) præmis 41, C-641/15 af 16.02.2017 (Verwertungsgesellschaft Rundfunk) præmis 17 ff. og C-301/15 af 16.11.2016 (Soulier og Doke), sml. C-202/12 af 19.12.2013 (Innoweb) præmis 51–52. Somme tider henvises også til C-89/04 af 02.06.2005 (Mediakabel) (om begrebet ”tv- og radiospredning” i direktiv 89/552/EØF om tv- og radiospredningsvirksomhed).

detaljer i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 456 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 169 ff. Som beskrevet der ændrer kriterierne den danske retstilstand på mange vigtige punkter. F.eks. er reglen om, at fremførelser i en erhvervsvirksomhed for større kredse pr. definition er offentlige i ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 2, på kant med EU-retten i forhold til fremførelser, der har karakter af overføring. Og det er oplagt EU-retsstridigt at foretage den modsætningslutning, som § 35, stk. 2, lægger op til, dvs. at kabelretransmission til mere end 2 tilslutninger pr. definition altid er offentlig. Der er også en række betydningsfulde danske fremførelsesdomme, som næppe længere kan opretholdes eller hvis retskildeværdi dog skal genovervejes. Det gælder bl.a. UfR 1999.2011 H (musik i ungdomsklubber), UfR 2004.2134 H (gymnastikforeninger), UfR 2007.1581 H (fremførelse i renovationsvirksomhed).⁵² EU-Domstolens praksis overruler også tidligere dansk retspraksis om, at internetlinking pr. definition har karakter af offentlig fremførelse.⁵³ Senest har EU-Domstolen i en opsigtsvækkende dom C-138/16 af 16.03.2016 (AKM) administreret almenhedsbegrebet på en måde, som betyder, at kabelretransmission af radio/tv-udsendelser udsendt af et lands nationale radio/tv-organisation ikke er overføring til almenheden, hvis ophavsmændene forudså retransmissionen, da de gav tilladelse til den oprindelige udsendelse. At kabelretransmission er rettighedsbelagt, var før dommen elementær ophavsretlig børnelærdom. Dommen truer med at afspore pengestrømme på milliarder af kroner og sender chokbølger gennem det europæiske rettighedshavermiljø.⁵⁴

4.2 *Spredning*. Efter ophavsretslovens § 2 sker der spredning, når ”eksemplarer af værket udbydes til salg, udlejning eller udlån eller på anden måde spredes til almenheden”. Bestemmelsen implementerer bl.a. infosoc-direktivets art. 4, der taler om ”eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde”. Ifølge lovteksten er selve det at udbyde et eksemplar til salg mv. derfor en fuldbyrdet spredning, ikke bare et forsøg på det, f.eks. hvis en boghandler har en bog stående på hylden. I C-456 af 17.04.2008 (Cassina) udtalte EU-Domstolen, at spredning ved salg efter infosoc-direktivet betyder, at der sker en faktisk overdragelse af ejendomsret over eksemplaret. Det gjorde det tvivlsomt, om den nævnte måde at definere spredningsbegrebet på – som også findes i de andre nordiske lande og Tyskland – var EU-retligt tilladelig.⁵⁵ Siden har EU-Domstolen bestemt, at det er den.⁵⁶

⁵² Udførlig dokumentation i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 465 ff.

⁵³ Den tidligere praksis fulgte bl.a. af nogle afgørelser i UfR 2001.1572 V (NIR 2002 s. 415 ff.), UfR 2003.1063 SH og en svensk højesteretsdom i NJA 2000.292 (NIR 2000 s. 487 ff.). Den retsopfattelse, de afspejler, overrules i C-466/12 af 13.02.2014 (Svensson), C-348/13 af 21.10.2014 (BestWater) og C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media). Læs mere i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 189 ff. og *Udsen*, IT-ret, Kbh. 2016 s. 75 ff. Om den ældre, nu uaktuelle danske retstilstand se udførligt *Schovsbo/Udsen*, NIR 2006 s. 47 ff.

⁵⁴ Jf. om dommen bl.a. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 143.

⁵⁵ Jf. *Ohm Rørdam* i UfR 2012 B s. 102 og 104.

⁵⁶ Se C-516/13 af 13.05.2015 (Dimensione Direct Sales). Se også C-5/11 af 21.06.2012 (Donner).

Retten til spredning i form af *udleje* er harmoniseret af låne/lejedirektivet. Efter dets art. 2, stk. 1, er udlejning det forhold, at et værk med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel for et begrænset tidsrum stilles til rådighed med henblik på brug. Betragtning 11 tilføjer, at ”Når en offentligt tilgængelig institutions udlån medfører betaling af et beløb, som ikke overstiger, hvad der er nødvendigt til dækning af institutionens driftsudgifter, foreligger der ikke nogen direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel i dette direktivs forstand”. I UfR 1993.572 H antog Højesteret derimod, at det var udleje, at et bibliotek lånte musik ud til lånere, der havde betalt 100 kr. for et årskort. I den sammenhæng fremhævede retten, at ”... ’udlejning’ [...] skal forstås i overensstemmelse med dansk rets almindelige forståelse af tingsleje som et retsforhold, der går ud på overladelse af en ting til brug mod betaling, og at det således er uden betydning, om udlejning sker erhvervsmæssigt”.

Dommen er afsagt før ikrafttrædelsen af låne/lejedirektivet, og det er tvivlsomt, om dens resultat kan opretholdes. På den ene side er det selvfølgelig nærliggende at argumentere for, at begrebet udleje er et EU-retligt begreb, som skal undergives en fælles EU-retlig fortolkning, dvs. her den der fremgår af direktivet, jf. ovenfor 2.1. m. note 10.

Men på den anden side kan man vel også se Højesterets dom som udtryk for, at vi i Danmark – ud over beskyttelsen mod udleje i direktivets forstand – giver ophavsmændene en ekstra beskyttelse, der ikke følger af direktivet. Og at give en supplerende ophavsretlig beskyttelse ud over den, der følger af et direktiv, er tilladt i et vist omfang, jf. ovenfor 2.2. Desuden kan der henvises til EU-Domstolens udtalelse om, at låne/lejedirektivet er udtryk for ”minimumsharmonisering”, i C-192/04 af 14.07.2005 (*Lagardère Active Broadcast*) præmis 46 ff., jf. ovenfor note 18. Heroverfor kan som modargument nævnes, at låne/lejedirektivets betragtning 16 giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse [...] end den, der følger af direktivet, ”i relation til radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden”, og at det vel modsætningsvis må betyde, at medlemsstaterne ikke har adgang til at supplere låne/lejedirektivets beskyttelse på andre områder.

Vi er tilbøjelige til at mene, at dommens udleje-definition ikke er forenelig med EU-retten,⁵⁷ og at begrebet derimod nu skal tolkes i overensstemmelse med betragtning 11.

Efter traditionel forståelse sigter spredning til dispositioner med konkrete fysiske eksemplarer, hvorimod det at lægge noget ud på Internettet er overføring, ikke spredning. Det er desuden en grundsætning, at når først et eksemplar er spredt én gang, må det pågældende eksemplar spredes videre uden tilladelse, fordi den spredningsret, der knytter sig til det pågældende eksemplar, er ”konsumeret”. EU-Domstolen har afsagt nogle domme, der modificerer udgangspunktet: I

⁵⁷ Jf. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5., udg. 2018 s. 193 f. Se til emnet også *von Lewinski*, NIR 1994 s. 201 ff., *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.2 til § 2 og *Rognstad*, Spredning af værkseksemplarer s. 304 ff. Det danske Kulturministerium har givet udtryk for, at dommen står ved magt også efter implementeringen af låne/lejedirektivet. Se ministeriets svar af 05.01.1994 på spm. 33 (92:001.1/8100-1).

C-128/11 af 03.07.2012 (UsedSoft) udtalte Domstolen, at der på bestemte, nærmere opregnede betingelser sker konsumption af spredningsretten, når et computerprogram af rettighedshaveren eller med hans samtykke lægges til download på nettet mod betaling. Som led i argumentationen udtalte retten bl.a., at den slags tilfælde er omfattet af ordene ”første gang en kopi af et edb-program sælges” i programdirektivets art. 4, stk. 2, at der sker overdragelse af ejendomsretten til kopien, og at det ”omdanner” den overføring til almenheden, der sker når programmet lægges ud, til en spredningshandling mm. Og i C-174/15 af 10.11.2016 (Vereniging Openbare Bibliotheken) udtalte Domstolen, at selvom at begrebet ”udleje” i låne/lejedirektivet kun vedrører fysiske eksemplarer, omfatter begrebet ”udlån” også digitale e-bogsudlån, hvorefter følger, at art. 6, stk. 1, der muliggør regler om konsumption af retten til offentligt udlån, også kan vedrøre retten til tilrådighedsstillelse på biblioteksservere. Selvom dommene specifikt vedrører konsumptionsprincippet, er det nærliggende at opfatte dem som udtryk for den generelle opfattelse ved EU-Domstolen, at spredningsretten i vidt omfang også kan sigte til internetdistribution. Og det virker sandsynligt, at opfattelsen også vil kunne præge EU-Domstolens fremtidige tolkning af andre regler end konsumptionsprincippet.⁵⁸

Om offentlighedsbegrebet i forbindelse med spredning har EU-Domstolen i øvrigt udtalt, at begrebet spredning til almenheden i infosoc-direktivets art 4, skal fortolkes på samme måde som i WCT art. 6, og at der sker spredning til almenheden, hvis et eksemplar sælges til ”et medlem af almenheden”, eller hvis der sker reklamering over for ”medlemmer af almenheden”.⁵⁹ Heraf følger, at det kan være spredning at afhænde et værkseksemplar til en enkelt person, f.eks. hvis man skænker et maleri til et museum. Det er også traditionelt antaget i nordisk ret.⁶⁰ Når det kommer til spredning i form af reklamering over for bredere kredse, er det vel derimod nærliggende at tro, at selve almenhedsbegrebet har samme indhold i relation til spredning som i relation til fremførelse, og at de almenhedskriterier, som EU-Domstolen har udviklet i de tidligere nævnte sager om fremførelse, må lægges til grund i forbindelse med den form for spredning. De afviger i en række henseender fra de traditionelle nordiske kriterier, herunder ved altid at kræve, at brugen sker over for en bred kreds af personer. Det vil bl.a. betyde, at reklamering over for snævre kredse på arbejdspladser o.l. vel ikke vil være spredning til almenheden, i modsætning til hvad der indtil nu måtte have gældt i nordisk ret.⁶¹

Efter en traditionel fortolkning af spredningsbegrebet er import af eksemplarer fra udlandet ikke spredning efter den danske ophavsretslov. Indtil for nylig stod

⁵⁸ Jf. nærmere bl.a. Riis/Schovsbo/Udsen, NIR 2013 s. 457 ff., Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, 4. udg. 2015 s. 262 f., Lindskoug, UfR 2013 B s. 278 ff. og NIR 2013 s. 480 ff., Günther, NIR 2014 s. 205 ff., Lee, IIC 2012 s. 846 ff. og Riis, NIR 2013 s. 146 ff. med henvisninger til international litteratur s. 139 note 3.

⁵⁹ Se C-516/13 af 13.05.2015 (Dimensione Direct Sales) præmis 23 ff., C-5/11 af 21.06.2012 (Donner) præmis 23 ff. og C-98/13 af 06.02.2014 (Blomqvist) præmis 28.

⁶⁰ Jf. f.eks. Lund, Ophavsret s. 84 f., Rognstad/Stuevold Lassen, Ophavsrett, Oslo 2009 s. 159, Olsson, Copyright s. 130. Flere henvisninger i Rosenmeier, NIR 2016 s. 454 m. note 37.

⁶¹ Jf. Rosenmeier, NIR 2016 s. 474.

danske møbelproducenter derfor magtesløse, når danskere købte kopier af danske designklassikere fra lande, hvor den ophavsretlige brugskunstbeskyttelse var løbet ud. Nu har EU-Domstolen bestemt, at import af værker kan indebære en spredning ikke alene i eksportlandet, men også i importlandet.⁶² Betingelserne er, at sælgeren retter sin reklamering mod offentligheden i en bestemt medlemsstat, f.eks. ved at have en hjemmeside, der henvender sig til den pågældende stats borgere, og stiller en særlig leveringsordning og betalingsmåde til rådighed for dem eller tillader en tredjemand at gøre det.⁶³

5. Hvornår er et værk krænket af et andet værk, der ikke er identisk med det? Beskyttelsens ”bredde”

5.1 Indledning. Ophavsretten giver ikke alene ophavsmanden eneret til det oprindelige værk i totalt uforandret stand. Det kræver også tilladelse at udføre eneretsbelagt aktivitet med fænomener, der minder om ophavsmandens værk uden at være magen til det. Det kræver f.eks. tilladelse fra forfatteren at filmatisere en roman, og et tredimensionalt værk af billedkunst kan krænkes af todimensionale gengivelser. På samme måde kan det også være krænkende at overtage en mindre del af et beskyttet værk, f.eks. hvis man plagierer en halv sides tekst i en bog, eller hvis man stjæler de sidste 4 takter inden omkvædet i et musikværk. Man udtrykker det bl.a. på den måde, at beskyttelsen har en vis ”bredde” eller ”udstrækning”.

EU-Domstolen har beskæftiget sig med beskyttelsens bredde i flere domme, jf. nedenfor.

5.2 Er det en krænkelse at råde over en mindre del af et værk? Det har traditionelt været lidt uklart i nordisk ret, hvornår det er en ophavskrænkelse at råde over en mindre del af et beskyttet værk, og hvornår det f.eks. er en krænkelse af overtage et afsnit fra en bog eller et vist antal takter fra en sang.⁶⁴ EU-Domstolen har nu afgjort, at brug af en mindre del af et værk kun er krænkende, hvis den pågældende del i sig selv opfylder originalitetskravet. Se C-5/08 af 16.07.2008 (Infopaq) præmis 38 f. og 47 f., de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 159 og C-355/12 af 23.01.2014 (Nintendo) præmis 22. Det udrydder tvivlen.⁶⁵

5.3 Lighedsvurderingen. Det er et traditionelt ophavsretligt princip, at beskyttelsens bredde kan variere, sådan så der i forbindelse med visse værker kræves en ganske særligt stor lighed, før der kan dømmes for krænkelse. Det er bl.a. fast antaget, at beskyttelsens omfang afhænger af originaliteten, dvs. at jo mere originalt værket

⁶² Jf. C-5/11 af 21.6.2012 (Donner).

⁶³ Se *Salung Petersen/Riis/Schovsbo* i UfR 2012B.386, *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. s. 129 f. og *Vang/Keittelmann*, UfR 2016B.62. Princippet fra Donner-sagen er brugt i UfR 2013.2873 Ø og UfR 2014.2497 SH.

⁶⁴ Se udførligt *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, Kbh. 2001 s. 75 ff.

⁶⁵ Læs mere i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 211 ff. Afvigende til dels *Schønning*, UfR 2013B.341. Det er her forf.s opfattelse, at princippet ikke gælder for film og tv-programmer og billedkunst. Heroverfor *Rosenmeier*, UfR 2014B. 220.

er, jo mindre behøver et andet værk ligne det for at krænke det.⁶⁶ I dansk ret følger det desuden af en række Højesteretsdomme, at brugskunst kun beskyttes mod ”meget nærgående efterligninger”.⁶⁷

Det er sandsynligt, at begge disse principper er i strid med EU-Domstolens dom i C-145/10 af 01.12.2011 (Painer). EU-Domstolen afviste her, at enkle portrætfotografier skulle have en specielt snæver beskyttelse. I den forbindelse udtalte retten, at den ophavsretlige beskyttelse skal have ”en vid udstrækning”, og at ”intet hverken i [infosoc-direktivet] eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker”. Se præmis 97.

At brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, er dog siden fastholdt af Højesteret i flere afgørelser.⁶⁸ Efter vores opfattelse er det sandsynligt, at det er i strid med Painer-dommen.⁶⁹ I 2017 og 2018 har både Sø- og Handelsretten og Vestre Landsret dog afvist at forelægge spørgsmålet for EU-Domstolen.⁷⁰ Der er søgt om tredjeinstansbevilling for at få sagen indbragt for Højesteret.

5.4 Parodier. Endnu en problemstilling vedr. beskyttelsens bredde vedrører lovligheden af *parodier* o.l. Det er et gammelt, internationalt grundprincip, at det er tilladt at udsætte beskyttede værker for parodier, karikaturer, satirer o.l. I nordisk ret er det i den forbindelse en udbredt antagelse, at man kan hænge resultatet op på ophavsretslovens § 4, stk. 2, der siger, at det er tilladt at skabe værker, der

⁶⁶ Se f.eks. *Koktvedgaard*: Immaterialretspositioner, Kbh. 1965 s. 135. Det hedder her, at store, meget detaljerede kunstværker med ”klart og utvetydigt individuelt præg” har en bred beskyttelsesradius, mens enkle frembringelser kun beskyttes mod slavisk eftergørelse. Fra dansk retspraksis se UfR 2001.747 H om en Trip Trap-barnestol, der havde et ”banebrydende formmæssigt design”, og hvor sagsøgte stol derfor var ”en så nærgående efterligning”, at der var sket krænkelser. Yderligere dokumentation i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 216 f.

⁶⁷ Se UfR 2001.747 H (Trip Trap-barnestol I), UfR 2002.1715 H (Myren), UfR 2003.1219 H (Albertslund-lampe), UfR 2011.2736 H (Tripp Trapp-barnestol II), UfR 2011.3451 H (Globalknive), UfR 2012.1185 H (Hermès-tasker), UfR 2012.3189 H (LK FUGA-elkontaktserie), UfR 2014.954 H (Vola-armaturer), UfR 2014.3539 H (Montana-reolsystem), UfR 2015.979 H (TRIPP TRAPP-barnestol III) og UfR 2015.992 H (TRIPP TRAPP-barnestol IV).

⁶⁸ De ”litteraturnoter”, der findes i domshoveder til højesteretsdomme i UfR, er normalt skrevet af en eller to højesteretsdommere, der enten selv har deltaget i sagsbehandlingen eller indhentet litteraturforslag fra den førstevoterende dommer. Litteraturnoterne gengiver de retskilder, som dommerne har tillagt væsentlig betydning under sagen, jf. *Pagter Kristensen i Magid/Meldhior/Stokholm/Tamm* (red.), Højesteret 350 år, Kbh. 2011 s. 174 f. Og i UfR-litteraturnoterne til UfR 2014.954 H (Vola-armaturer) og UfR 2014.3539 H (Montana-reolsystem) er der henvist til det afsnit i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 3. udgave 2013, hvor Painer-dommen og dens mulige betydning for dansk ret er udførligt gennemgået. I litteraturnoterne til UfR 2015.979 H (TRIPP TRAPP-barnestol III) og UfR 2015.992 H (TRIPP TRAPP-barnestol IV) er der henvist direkte til Painer-dommen i UfR-litteraturnoterne. I begge disse domme udtaler Højesteret indledningsvis, at det fremgår af tidligere praksis, og at ”TRIPP TRAPP stolen er en funktionsbestemt genstand skabt i et funktionalistisk formsprog, og at den ophavsretlige beskyttelse derfor er begrænset til meget nærgående efterligninger”.

⁶⁹ Udførlig argumentation i *Rosenmeier/Schovsbo*, UfR 2015B.181 og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 230 f.

⁷⁰ Jf. Sø- og Handelsrettens kendelse af 07.09.2017 (V-58-16) og Vestre Landsrets kendelse af 21.03.2018 (V.L. B-1466-17).

afspejler ”fri benyttelse” af andre.⁷¹ Den antagelse, at parodier mv. er lovlige, fordi de afspejler fri benyttelse af de parodierede værker, er overtaget fra tysk ret. I en række andre lande opfatter man derimod parodiprincippet som en undtagelse til ophavsretten, jf. f.eks. den franske ophavsretslovs art. L-122-5 no 4.⁷² Den opfattelse afspejler sig også i infococ-direktivets art. 5, der indeholder lister over de undtagelser til ophavsretten, som det er tilladt for EU-landene at operere med. Princippet om parodiers lovlighed er her nævnt i stk. 3, litra k, der giver medlemslandene lov til at gøre undtagelse fra eneretten til eksemplarfremsstilling og overføring til almenheden ”hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche”.

EU-Domstolen har klargjort, hvad der ligger i art 5, stk. 3, litra k, i C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn). Det fremgår bl.a. af dommen, at det er en betingelse, at parodien vækker forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den udviser synlige forskelle i forhold til det, dels at parodien er udtryk for humor eller latterliggørelse. Derimod er det ifølge dommen ingen betingelse, at parodien vedrører selve det parodierede værk. Det kan derfor også være en lovlig parodi at bruge et værk for at latterliggøre noget andet end det værk, der indgår i parodien. Det afviger fra, hvad man indtil nu har antaget i en række lande, herunder de nordiske.⁷³ Ifølge Deckmyn-dommen skal parodiprincippet i øvrigt administreres på en måde, som tager rimeligt hensyn til både ophavsmandens interesser og den parodierendes ytringsfrihed, og at parodien i den belgiske sag, der gav anledning til forelæggelsen, måske var retsstridig, fordi den videregav et racistisk budskab i strid med EU-retlige forbud mod racediskrimination. Se nærmere præmis 25 ff.⁷⁴

6. Den manglende beskyttelse af love og domme mv. § 9

Efter ophavsretslovens § 9, stk. 1, kan ”Love, administrative forskrifter, retsafgørelser og lignende offentlige aktstykker” ikke beskyttes ophavsretligt. Det afgørende for, om et dokument falder ind under § 9, er, om det har ”normativ karakter”, dvs. at det tilsigter at medføre rettigheder eller pligter for andre. Ud over love og domme omfatter § 9 f.eks. bekendtgørelser, cirkulærer, lovbemærkninger, ombudsmandsudtalelser, byplaner m.m. Derimod omfatter den f.eks. ikke informationshjemmesider, vejledninger o.l. Se fra praksis bl.a. UfR 1995.782 V, UfR 1964.776 Ø og UfR 1974.228 Ø. § 9 er i overensstemmelse med Bernerkonventionens art. 2 (4), der giver de kontraherende stater ret til at bestemme, ”hvilken beskyttelse der skal tilstå officielle tekster på lovgivningens,

⁷¹ Se f.eks. *Schønning*, Komm.OPHL, kommentar 2.3 til § 3, stk. 2, *Rognstad/Stuevold Lassen*, *Opphavsrett* s. 144 og den svenske højesteretsdom i NIR 2007 s. 311 ff.

⁷² Se i øvrigt nærmere den komparative redegørelse i *Mendis/Kretschmer*, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*, Newport 2013.

⁷³ Jf. f.eks. den svenske højesteretsdom i NIR 1976 s. 325 ff. om ”Sveriges flagga” eller fra tysk ret OLG München, ZUM 2003 571, 574. Flere eksempler i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, *Immaterialret*, 4.udg. 2015 s. 295 ff.

⁷⁴ Læs mere om parodiprincippet og dets forhold til EU-retten i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, *Immaterialret* anf. sted, *Sandfeld Jacobsen*, NIR 2015 s. 421 ff. og *Linkis*, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, Kbh. 2017 s. 166 ff.

administrationens og retsplejens område”. I praksis findes sådanne regler vistnok i alle EU-lande, bortset fra UK, Irland og Malta.

Det følger af programdirektivet, databasedirektivet og beskyttelsestidsdirektivet, at medlemslandene har pligt til at lade den ophavsretlige beskyttelse omfatte computerprogrammer, databaser og fotos, jf. ovenfor m. note 34–37. Bortset fra det harmoniserer EU-direktiverne ikke, hvilke værkstyper der skal have ophavsretlig beskyttelse, og det er derimod traditionelt anset for at være noget, medlemslandene selv bestemte. Som beskrevet ovenfor 3 med note 42 har EU-Domstolen ikke desto mindre bevæget sig ind på området ved kategorisk at udtale, at værker omfattes af infosoc-direktivet, hvis de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, dvs. udtryk for kreative valg. Det indebærer i hvert fald en harmonisering af originalitetskravet, jf. ovenfor anf. sted. Spørgsmålet er, om det også indskrænker medlemslandenes muligheder for at bestemme, hvilke typer af produkter der skal anses som værker. Man skal ved vurderingen af spørgsmålet huske, at EU-Domstolen generelt arbejder med en integrationsivrig, aktivistisk fortolkningsstil, og at den strækker sig meget langt i bestræbelserne på at sikre, at der kommer til at gælde det samme i medlemslandene. Det virker derfor ikke usandsynligt, at medlemslandenes mulighed for selv at fastlægge værksbegrebet er indsnævret, og at vi i vidt omfang har pligt til at beskytte litterære og kunstneriske produkter, der opfylder originalitetskravet, medmindre direktiverne giver hjemmel til andet.

Hvis det er rigtigt, vil det betyde, at medlemslandene som udgangspunkt har pligt til at beskytte de fænomener, som ophavsretslovens § 9 nævner, medmindre der findes en adækvat undtagelse. Det er imidlertid svært at finde en sådan undtagelse i EU-direktiverne.⁷⁵ Det tætteste man kommer på det er infosoc-direktivets art. 9 og betragtning 60. Det hedder her, at direktivet ikke berører nationale bestemmelser om ”aktindsigt i offentlige dokumenter” (art. 9) og ”adgang til offentlige dokumenter” (betragtning 60).

Måske kan man redde § 9 – og de tilsvarende regler i andre medlemsstater – ved at henvise til, at love og domme mv. som udgangspunkt er beskyttede, men at deres offentliggørelse normalt vil indebære et stiltiende samtykke til, at borgerne råder over dem uden indskrænkninger.

Under alle omstændigheder indebærer ophavsretslovens § 9 en EU-retlig udfordring, som det kan være svært at skrive sig ud af.⁷⁶

7. Undtagelserne i ophavsretslovens kapitel II

7.1 Indledning. Der findes en række regler, der medfører undtagelser til (a.k.a. ”indskrænkninger i”) ophavsretten. De betyder, at aktiviteter, der som udgangspunkt er i strid med ophavsretten, alligevel er lovlige på visse betingelser. I de danske ophavsretslov fremgår størstedelen undtagelserne af ophavsretslovens kapitel 2. Hertil kommer et par ulovbestemte undtagelser om bagatelagtig, atypisk brug mv.

⁷⁵ Sml. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 106 f.

⁷⁶ Afvigende til dels *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 105 ff.

Hvilke ophavsretlige undtagelser medlemslandene kan operere med, er tæt EU-harmoniseret.

Først og fremmest fremgår harmoniseringen af infosoc-direktivets art. 4–5. Her er systematikken følgende:

Art. 4, stk. 2, indeholder en obligatorisk undtagelse om konsumtion af spredningsretten, mens *§ 5, stk. 1*, indeholder en obligatorisk undtagelse om midlertidig eksemplarfremsstilling. *Art. 5, stk. 2*, definerer nogle fakultative undtagelser, som medlemslandene har lov til at indføre i retten til eksemplarfremsstilling. *Art. 5, stk. 3*, indeholder en lang liste over fakultative undtagelser, som medlemslandene har lov til at indføre i retten til eksemplarfremsstilling og overføring til almenheden. *Art. 5, stk. 4*, udtaler, at i det omfang stk. 2, eller 3 giver mulighed for at gøre undtagelse i retten til eksemplarfremsstilling, kan medlemslandene også lade undtagelserne omfatte spredningsretten. Endelig indeholder *art. 5, stk. 5*, den såkaldte ”tre trins-test” om, at undtagelser skal administreres snævert og rettighedshavervenligt, omtalt ovenfor 2.3 m. note 27.

Infosoc-direktivets liste over tilladelige undtagelser gælder ikke for retten til spredning i form af udlån. Her findes de relevante undtagelser i låne/lejedirektivets art. 6. Infosoc-direktivets liste over undtagelser gælder heller ikke for computerprogrammer eller kompilationer (a.k.a. ”databaser”). For deres vedkommende findes reglerne om, hvilke undtagelser EU-landene kan operere med, i henholdsvis programdirektivets art. 5 og databasedirektivets art. 6.

Hvilke bestemmelser i infosoc-direktivet bestemmelserne i ophavsretslovens kapitel II implementerer, er beskrevet i forarbejderne til et lovforslag L19 2002. Når der i de følgende afsnit om de ophavsretlige undtagelser henvises til de relevante bestemmelses forarbejder, er det forarbejderne til lovforslag L19, der sigtes til, medmindre det fremgår, at det er andre forarbejder, der sigtes til.

7.2 Midlertidig eksemplarfremsstilling. Ophavsretslovens § 11 a. Når computere gengiver beskyttet stof, kopierer de af tekniske grunde løbende små bidder af stoffet. Hvis man f.eks. ser en film fra YouTube på sin PC eller hører en sang fra Spotify på sin smartphone, downloader PC’en og smartphonen løbende små bidder af værkerne og gemmer dem midlertidigt i deres digitale hukommelser. Det er juridisk set udtryk for en midlertidig eksemplarfremsstilling. Der sker også løbende midlertidig eksemplarfremsstilling på internetservere. Der er behov for en ophavsretlig undtagelse, så den slags midlertidige eksemplarfremsstilling kan ske, uden at der skal indhentes tilladelse fra rettighedshaverne i alle tilfælde.

Infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, bestemmer derfor:

”Midlertidige reproduktionshandlinger efter artikel 2, som er flygtige eller tilfældige, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som udelukkende har til formål at muliggøre

- a) en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd, eller
- b) en lovlig brug

af et værk eller en anden frembringelse, og som ikke har selvstændig økonomisk værdi, er undtaget fra [...] ret[ten] til reproduktion.”

Bestemmelsen er implementeret i ophavsretslovens § 11 a. Det hedder her:

”Det er tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer, som

1. er flygtige eller tilfældige,
2. udgør en integreret og væsentlig del af en teknisk proces,
3. udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af et værk og
4. ikke har selvstændig økonomisk værdi.

[...]”

§ 11, stk. 3, tilføjer, at lovens undtagelser til ophavsretsloven skal forstås med det forbehold, at det

”ikke [er] tilladt at fremstille eksemplarer på grundlag af en gengivelse af værket i strid med § 2 ...”.

Sidstnævnte bestemmelse siges at indebære, at de ophavsretlige undtagelser kun muliggør kopiering fra et ”lovligt forlæg”. Kravet betyder, at der ikke kan fremstilles midlertidige eksemplarer efter § 11 a af ulovlige kopier. Det indebærer bl.a., at § 11 a ikke hjemler en mellemmands fremstilling af transmissionskopier, når ulovlige kopier af et værk sendes gennem mellemmandens netværk. I denne situation foretager mellemmanden en selvstændig ophavsretskrænkelse, hvilket også er lagt til grund i dansk retspraksis, herunder i Højesterets kendelse i UfR 2006.1474 H.

Spørgsmålet er, om den danske implementering er i overensstemmelse med EU-retten.

For så vidt angår den del af § 11 a, der drejer sig om *mellemmandstransmission*, jf. *infosoc-direktivets art. 5, litra a*, bemærkes følgende:

Infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, siger ikke noget om, at midlertidig eksemplar-fremstilling som led i mellemmands-transmission kræver et lovligt forlæg. Man kan derfor spørge, om kravet om det i § 11 a er foreneligt med EU-retten, at der gælder et krav om det i dansk ret.

Det er umiddelbart nærliggende at besvare spørgsmålet med nej. Det følger imidlertid nu af EU-Domstolens praksis, at medlemslandene har lov til at konkretisere infosoc-direktivets undtagelsesbestemmelser ved at supplere dem med ekstra kriterier, der ikke fremgår af direktivet. Se ovenfor 2.3. EU-Domstolen har derfor flere gange nikket til, at medlemsstaterne stillede krav om lovligt forlæg i relation til visse typer af undtagelser, selvom direktivet ikke sagde noget om det, jf. anf. sted note 28. Det er et argument for, at det er EU-retligt tilladeligt, at den danske ophavsretslov stiller krav om lovligt forlæg også i forhold til mellemmandstransmissioner. Hertil kommer, at EU-Domstolen har afgjort i den straks nedenfor nævnte C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspeler), at der gælder en slags krav om lovligt forlæg i forbindelse med den del af art. 5, stk. 1, der handler om midlertidig eksemplarfremstilling i forbindelse med anden brug end mellemmandstransmission, jf. art. 5, litra b. Baggrunden er en kreativ, aktivistisk

tolkning af infosoc-direktivet, og selvom Domstolens argumentation ikke er direkte genanvendelig i forbindelse med mellemmandstransmission, synes retten velvilligt indstillet over for, at der skal gælde et krav om lovligt forlæg i forbindelse med art. 5. Heroverfor kan man evt. nævne som modargument, at den praksis, der er nævnt ovenfor 2.3 note 28, har vedrørt ikke-obligatoriske undtagelser, men at undtagelsen om midlertidig eksemplarfremsstilling i art. 5, stk. 1, imidlertid er obligatorisk, jf. ovenfor 2.3 m. note 25. At bestemmelsen skal implementeres uden tilføjelser, har også en vis støtte i det oprindelige forslag til infosoc-direktiv.⁷⁷ Det her nævnte spørgsmål er derfor tvivlsomt, og en endelig afklaring kræver forelæggelse for EU-Domstolen.⁷⁸

For så vidt angår den del af § 11 a, der drejer sig om *midlertidig eksemplarfremsstilling i forbindelse med "en lovlig brug" af et værk*, jf. *infosoc-direktivets art. 5, litra b*, bemærkes:

Kravet om lovligt forlæg i § 11, stk. 3, gælder også i forhold til denne del af § 11 a. At en brug er lovlig vil sige, enten at der er givet tilladelse fra rettighedshaverne, eller at brugen slet ikke kræver tilladelse, f.eks. fordi den er omfattet af en undtagelse.⁷⁹ Kravet om lovligt forlæg i § 11, stk. 3, indebærer derimod, at selve den værks gengivelse, der danner grundlag for en eksemplarfremsstilling, ikke må være resultat af en ophavsretskrænkelser, og at man f.eks. ikke lovligt kan kopiere en piratkopi. Derfor er "lovlig brug" logisk set noget andet end "lovligt forlæg". Umiddelbart forekommer det danske krav om, at midlertidig eksemplarfremsstilling som led i lovlig brug kræver et lovligt forlæg, derfor ikke at have hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1.⁸⁰ Men i C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspeler) har EU-Domstolen nu afgjort, at kravet om "lovlig brug" i art. 5, litra b, ikke er opfyldt i forhold til den midlertidige eksemplarfremsstilling, der sker, når man streamer beskyttede værker, der ligger på nettet uden tilladelse

⁷⁷ Se nærmere Kommissionens forslag til infosoc-direktivet af 10.12.1997, COM(97) 628 final, 97/0359 (COD), s. 29, pkt. 3, 2. afsnit. Det hedder her om forslaget til art. 5, stk. 1, bl.a., at "Such an obligatory exception at Community level is vital as such short lived reproductions ancillary to the final use of a work will take place in most acts of exploitation of protected subject matter, which will often be of a transnational nature [...] A divergent situation in Member States with some requiring authorization of such ancillary acts of storage would significantly risk impeding the free movement of works and services, and notably on-line services containing protected subject matter".

⁷⁸ At kravet om lovligt forlæg i forbindelse med mellemmandstransmission er uforeneligt med infosoc-direktivet, antages i *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 89 f., jf. s. 58. Tvivl om spørgsmålet udtrykkes bl.a. i *Udsen*, IT-ret s. 88 og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. s. 245, sidstnævnte sted bl.a. med henvisning til udtalelser i forarbejderne til den svenske ophavsretslov (Prop. 2004/05:110 s. 97) der anså det for uforeneligt med infosoc-direktivet at stille krav om lovligt forlæg i forbindelse med mellemmandstransmission. I sidstnævnte bogs 2018-udgave antages det nu s. 184 smh. m. s. 67 f., at § 11 a's krav om det formentlig er foreneligt med EU-retten p.g.a. EU-Domstolens praksis om, medlemslandene gerne må konkretisere undtagelser.

⁷⁹ Se nærmere infosoc-direktivets betragtning 33, sidste pkt., eller C-302/10 af 17.01.2012 (Info-paq II) præmis 42. Flere domshenvisninger i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 182.

⁸⁰ Afvigende, som det må erkendes, *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 245. Sml. også *Udsen*, IT-ret s. 87.

fra rettighedshaverne, vha. en medieafspiller, der indeholder links til dem. Den kreative begrundelse var, *at* sælgeren af den medieafspiller, sagen drejede sig om, i reklamer havde fremhævet, at medieafspilleren gjorde det enkelt og nemt at tilgå ulovligt stof på nettet, *at* det primært var derfor, køberne af medieafspilleren var interesseret i den, og *at* streamingen indebar en værksudnyttelse i strid med tre-trins-testen i art. 5, stk. 5.⁸¹ I forhold til den midlertidige eksemplar fremstilling, der sker i forbindelse med den slags streaming, er det danske krav om lovligt forlæg dermed i orden. Spørgsmålet er, om det også er foreneligt med EU-retten, når vi i Danmark stiller krav om lovligt forlæg i forhold til den midlertidige eksemplar fremstilling, der sker i andre tilfælde, f.eks. hvis man streamer en ulovlig film fra en almindelig PC. Efter vores vurdering er svaret nok ja. For det første er det nærliggende at tro, at den tolkning af begrebet lovlig brug, som Filmspeler-dommen afspejler, må være generelt anvendeligt. Og for det andet følger det af EU-Domstolens praksis, at medlemslandene har lov til at konkretisere direktivernes ophavsretlige undtagelsesregler ved at forsyne dem med supplerende kriterier, herunder om lovligt forlæg. Se nærmere ovenfor 2.3 m. note 28. På den anden side vedrører den nævnte praksis infosoc-direktivets fakultative indtagelser, mens art. 5, stk. 1, om midlertidig eksemplar fremstilling er obligatorisk. Det er et argument for, at det betyder, at den skal implementeres præcis, som den står i direktivet, jf. ovenfor 2.3. m note 25. Så spørgsmålet er tvivlsomt.⁸²

7.3 Kopiering til privat brug. Ophavsretslovens § 12. Ophavsretslovens § 12 gør det muligt at fremstille eksemplarer til privat brug. Hovedreglen findes i stk. 1. Det hedder her:

”Af et offentliggjort værk må enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed.”

Herefter følger en lang række modifikationer i bestemmelsens øvrige stykker.

§ 12 tilsigter efter forarbejderne at implementere infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b. Den drejer sig om

”reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikel 6 nævnte tekniske foranstaltninger på det pågældende værk eller den pågældende frembringelse”.

Kravet om ”rimelig kompensation” søges i den danske ophavsretslov opfyldt af reglerne om ”blankbåndsvederlag” i §§ 39 ff.

§ 12 giver anledning til følgende EU-retlige udfordringer:

⁸¹ Se nærmere dommens præmis 18, 51 og 69 ff.

⁸² Emnet er genstand for udførlig analyse i *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 91 ff.

Efter § 12 er det tilladt at privatkopiere trykte noder. Men EU-Domstolen har udtalt i C-572/13 af 12.11.2015 (Hewlett-Packard Belgium SPRL) præmis 56, jf. præmis 50 ff., at der ikke kan privatkopieres trykte noder efter art. 5, stk. 2, litra b, bortset måske fra ”i visse begrænsede og enkeltstående tilfælde [...]”, hvor den skade, som denne reproduktion vil påføre rettighedshaverne, er minimal”. Det er tvivlsomt, om den almindelige adgang til privatkopiering af noder efter § 12 kan forenes med det. På den anden side er det muligt at argumentere for, at § 12 er EU-retskonform, fordi den kræver, at der kun kopieres enkelte eksemplarer, og at kopieringen skal være ikke-erhvervsmæssig. Men det er tvivlsomt.⁸³

Som det fremgår, kræver art. 5, stk. 2, litra b, desuden, at kopieringen ikke er ”kommerciel”. Men i dansk ret er det traditionelt fast antaget, at det er tilladt at kopiere til brug på ens arbejde, og at advokater og sagsbehandlere i forsikringsselskaber f.eks. gerne må kopiere juridiske artikler til brug for sig selv og nære kolleger mv.⁸⁴ Det er ikke oplagt, at det er foreneligt med kravet om, at kopieringen ikke må være kommerciel, i art. 5, stk. 2, litra b.⁸⁵

Det er dog principielt muligt at anse § 12 for at implementere, ikke alene art. 5, stk. 2, litra b, men også art. 5, stk. 2, litra a. Det hedder her, at medlemsstaterne kan have undtagelser om

”reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning, bortset fra trykte noder, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation”.

På den anden side lægger de aktuelle regler om blankbåndsvederlag i ophavsretslovens §§ 39 ff. ikke nogen form for afgift på printere, papir el.lign. Baggrunden er den antagelse, at skaden for rettighedshaveren er minimal, og at det derfor følger af infosoc-direktivets betragtning 35, at der ikke behøver være nogen kompensation.⁸⁶ Men der fotokopieres utvivlsomt i meget stort omfang på arbejdspladser. Det er derfor et spørgsmål, om det er i overensstemmelse med infosoc-direktivet, at der ikke er nogen kompensation i forbindelse med fotokopiering, indscanning o.l. Det gælder, uanset om § 12 antages at implementere

⁸³ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 107 ff.

⁸⁴ Jf. *Schønning*, Komm.OPHL, kommentar 1.2 til § 12, *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett, Oslo 2009 s. 231, *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 247. Fra norsk retspraksis se bl.a. Rt. 1991 s. 1296, jf. s. 129.

⁸⁵ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 107 ff. Sml. *Walter/von Lewinski (eds.)*, European Copyright Law, Oxford 2010 s. 1032 f. – § 12, stk. 1's krav om, kopieringen ikke må være erhvervsmæssig, er indsat ved lovændringen i 2002. Ifølge forarbejderne til § 12, stk. 1, var der før lovforslaget ”en vis, om end begrænset, videre adgang til at kopiere til brug for kolleger, herunder kolleger, som [man] ikke har et personligt bånd til”, hvorfor § 12 måtte ændres for at undgå eventuel med infosoc-direktivets regel om, at privatkopiering hverken må være direkte eller indirekte kommerciel. Straks efter tilføjes dog, at ”Privatkopieringsreglen giver dog fortsat adgang til, at en ansat i en erhvervsvirksomhed kan kopiere til brug for sig selv og andre, som den pågældende har et personligt bånd til, herunder enkelte kolleger”. Dermed er problem, der beskrives her i teksten, så vidt ses fortsat til stede.

⁸⁶ Jf. forarbejderne til lovforslag L19 2002, forslaget vedr. § 12, stk. 1 (”For så vidt angår fotokopiering, må skaden for rettighedshaverne umiddelbart anses for at være så minimal, at der ikke bør gives kompensation, jf. herved infosoc-direktivets betragtning nr. 35 in fine.”).

art. 5, stk. 2, litra a eller b. Og selvom det antages, at § 12 har hjemmel i litra a, er det stadig et problem, at § 12 gør det muligt at fotokopiere trykte noder.

7.4 Lærere og elevers optagelser af egne værksfremførelser. Ophavsretslovens § 13, stk. 4. Ophavsretslovens § 13, stk. 4, udtaler:

”Lærere og elever må som led i undervisningsvirksomhed foretage optagelser af deres egne fremførelser af værker, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed. Optagelserne må ikke udnyttes på anden måde.”

Bestemmelsen implementerer ifølge forarbejderne infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a. Det hedder her, at medlemsstaterne kan indføre undtagelser,

”hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til.”

Art. 5, stk. 3, litra a's krav om, at der ske kildeangivelse, medmindre det er umuligt, forudsættes implementeret via ophavsretslovens § 11, stk. 2, 2. pkt. Det hedder her, at når et værk gengives offentligt i henhold til en af undtagelserne i ophavsretslovens kapitel 2, ”skal kilden angives i overensstemmelse med, hvad god skik kræver”.

Efter traditionel dansk forståelse skal god skiks-kravet i § 11, stk. 2, 2. pkt. fortolkes på samme måde som god skiks-kravet i § 3, stk. 1. Det hedder her, at ”Ophavsmanden har krav på at blive navngivet i overensstemmelse med, hvad god skik kræver, såvel på eksemplarer af værket som når dette gøres tilgængeligt for almenheden”. Efter forarbejderne til § 3, stk. 1,⁸⁷ skyldes bestemmelsens god skiks-krav, at der er ”lejligheder, hvor kravet om navngivelse må fremtræde som urimeligt, eller hvor det er vanskeligt eller måske umuligt at opfylde kravet”. Med det klassiske *koktvedgaarske* lærebogseksempel er der ikke pligt til oplæsning af salmedigternes og komponisternes navne, mens afdøde sænkes i jorden.⁸⁸ På samme måde har hyggepianister ikke pligt til at råbe eller på anden måde formidle komponisternes navne til restaurantgæsterne.⁸⁹ Det afgørende for god skiks-vurderingen er nok, dels hvad man plejer at gøre på et bestemt område, og dels om den praksis, man plejer at følge, er rimelig og acceptabel.⁹⁰ Fra praksis se bl.a. UfR 2014.1739 H. Højesteret afgjorde her, at en programtrailer for tv-programmet ”Vild med dans”, hvor man kunne høre noget af visen ”Glemmer du”, ikke behøvede nævne komponisten Kai Normann Andersen. Højesteret henviste bl.a. til, at det er sædvanlig praksis ikke at kreditere de medvirkende i korte program-trailere i tv, og at visen ikke udgjorde et fremtrædende element i traileren.

⁸⁷ FT 1959–60 tillæg A s. sp. 2691 f.

⁸⁸ *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, Kbh. 2002 s. 118.

⁸⁹ *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 150.

⁹⁰ Jf. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 150.

At kreditere i overensstemmelse med god skik vil altså sige at kreditere i rimelig udstrækning. Det er derfor spørgsmålet, om det at kreditere i overensstemmelse med god skik efter ophavsretslovens § 11, stk. 2, 2. pkt., er det samme som at kreditere, medmindre det er umuligt, sådan som det kræves i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a. Svaret er muligvis, at det er det ikke. I *Walter/von Lewinski (eds.)*, *European Copyright Law* er det f.eks. tilsyneladende opfattelsen s. 1044, at der kun er tale om umulighed, hvis man ikke kender ophavsmandens navn efter at have ledt efter det, herunder på nettet mv.

Et problem til: Efter § 11, stk. 2, 2. pkt., skal der kun ske kildeangivelse, når værket gengives offentligt. Efter traditionel nordisk opfattelse er fremførelse som led i undervisning ikke altid offentlig, i hvert fald ikke i grundskolen.⁹¹ Der skal derfor ikke ske kildeangivelse efter § 13, stk. 4, smh. med § 11, stk. 2, hvis f.eks. eleverne i en grundskoleklasse optager deres fremførelser af beskyttede værker og ser dem selv. Men det skal der principielt efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a.⁹²

Måske kan man anse § 13, stk. 4, for lovlig i henhold til infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra c, der tillader undtagelser til eksemplarfremsættelsesretten for så vidt angår

”særlige reproduktionshandlinger, som foretages af offentligt tilgængelige biblioteker, uddannelsesinstitutioner eller museer, eller af arkiver, og som ikke har til formål at opnå direkte eller indirekte økonomiske eller kommercielle fordele”.⁹³

På den anden side er det vel ikke givet, at den tolkning er berettiget. Art. 5, stk. 2, litra c, kræver jo, at reproduktionen foretages ”af” uddannelsesinstitutionerne. Det må igen betyde, at der skal være en sådan forbindelse mellem den konkrete institution og den fysiske person, der foretager reproduktionen, at man med rimelighed kan anse institutionen for at foretage kopieringen. Det krav er vel opfyldt i forbindelse med kopiering foretaget af lærere, som er ansat på institutionen og kopierer som led i opfyldelsen af den tjenestepligt at give eleverne undervisning. Derimod er det ikke indlysende, at man kan sige det samme om kopiering foretaget af eleverne.

⁹¹ Jf. nærmere *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 447 f. note 26, bet. 1197/1990 s. 22, *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.2 til § 2, *Rognstad*, NIR 2009 s. 538.

⁹² Et ubetinget krav om kildeangivelse, uanset om der er tale om offentlig gengivelse eller ej, findes i øvrigt også i Bernerkonventionens art. 10, stk. 2 og 3. Det hedder her, at unionslandene kan have undtagelser om benyttelse af værker som illustration ved undervisning mv., hvis det sker i overensstemmelse med god skik og med angivelse af kilde og ophavsmandens navn, hvis sidstnævnte fremgår af kilden. I FT 1959–60, tillæg A, sp. 2730 f hedder det, at ”en tilsvarende bestemmelse (dvs. som den, der nu fremgår af § 11, stk. 2) findes [...] i Bernerkonventionens art. 10, stk. 3”. I *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 104 mener forf. på den baggrund, at det muligvis er forudsat i forarbejderne til 1961-ophavsretsloven, at § 11, stk. 2’s kildeangivelseskrav gælder generelt, dvs. ikke kun i tilfælde af offentlig gengivelse. Vi kan for vores vedkommende dårligt se, at den opfattelse har støtte i forarbejderne. Og selvom den havde, måtte den vel vige for de klare ord i loven.

⁹³ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 103.

7.5 *Eksemplarfremsættelse på sygehuse mv. Ophavsretslovens § 15.* Ophavsretslovens § 15 lyder:

”Sygehuse, plejehjem, fængsler og andre døgninstitutioner inden for social- og sundhedsområdet, kriminalforsorgen og lignende må til kortvarig brug for institutionens beboere m.fl. foretage optagelser af værker, der udsendes i radio eller fjernsyn, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed. Sådanne optagelser må kun udnyttes inden for den pågældende institution.”

Bestemmelsen implementerer infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra e, om

”reproduktioner af radio- og fjernsynsudsendelser foretaget af sociale institutioner med ikke-kommercielle formål som f.eks. hospitaler eller fængsler, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation”.

Infosoc-direktivets præambel betragtning 35 tilføjer:

”I visse undtagelsestilfælde bør rettighedshavere have en rimelig kompensation for anvendelsen af deres beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser. Når det fastsættes, hvilken form en sådan rimelig kompensation skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have, bør der tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde. I forbindelse med vurderingen af disse omstændigheder kan det være relevant som kriterium at lægge til grund, om rettighedshaverne eventuelt har lidt skade som følge af den pågældende handling. I visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling. Ved fastsættelsen af størrelsen af den rimelige kompensation bør der tages hensyn til, i hvor stor udstrækning der anvendes tekniske beskyttelsesforanstaltninger som nævnt i dette direktiv. I visse situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal, bør der ikke være betalingspligt.”

Den danske ophavsretslov har ingen regler om kompensation til gengæld for brug på institutioner efter § 15. I forarbejderne henvises til, at skaden for rettighedshaverne er så minimal, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at etablere en kompensationsordning.

Det fremgår af C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) præmis 56 ff., omtalt ovenfor 2.1 m. note 13, at medlemsstaterne har en skønsmargen mht., hvornår en skade er minimal i relation til betragtning 35. På den anden side afspejler infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra e, vel det synspunkt, at rettighedshavere, hvis værker bruges på sociale institutioner, somme tider lider skade, og at de derfor skal have kompensation i en vis rimelig udstrækning. Den danske opfattelse om, at de pr. definition aldrig nogensinde lider skade, og at de derfor aldrig får nogen kompensation, virker derfor ikke helt skudsikker.⁹⁴

⁹⁴ Mere uforbeholdent kritisk *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 110 f.

7.6 *Ophavsretslovens § 16 a, stk. 1. Gennemsyn af værker på biblioteker mv.* Ophavsretslovens § 16 a, stk. 1, udtaler:

”Offentliggjorte værker kan gøres tilgængelige for enkeltpersoner på [offentlige biblioteker mv., jf. nærmere § 16, stk. 1] til personligt gennemsyn eller studium på stedet ved hjælp af teknisk udstyr”.

Reglen tilsigter⁹⁵ at infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra n, om

”anvendelse i form af overføring eller tilrådighedsstillelse med henblik på forskning eller privat studium for enkeltpersoner i almenheden ved dertil indrettede terminaler på stedet i de institutioner, der er nævnt i stk. 2, litra c), af værker og andre frembringelser, som de har i deres samlinger, og som ikke er genstand for salg eller licens”.

§ 16 a, stk. 1, er EU-retligt problematisk af to grunde. For det første er det tvivlsomt, om ”forskning eller privat studium” er det samme som ”personligt gennemsyn eller studium”.⁹⁶ For det andet kræver infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra n, at overføringen/tilrådighedsstillelsen angår stof i bibliotekernes samlinger. Det krav er ikke med i § 16 a, stk. 1,⁹⁷ som tværtimod bl.a. antages at gøre det muligt for bibliotekerne at lade publikum bruge computere med internetadgang.⁹⁸

7.7 *”Antologireglen” i § 18, stk. 1.* Ophavsretslovens § 18, stk. 1, udtaler:

”Mindre dele af litterære værker og musikværker eller sådanne værker af ringe omfang må til brug i undervisningsvirksomhed gengives i samleværker sammenstillet af bidrag fra et større antal ophavsmænd, når 5 år er forløbet efter det år, da værket blev udgivet. I tilslutning til teksten kan også kunstværker og værker af beskrivende art, jf. § 1, stk. 2, gengives, når 5 år er forløbet efter det år, da værket blev offentliggjort. Ophavsmanden har krav på vederlag. Kan der ikke opnås enighed om størrelsen af vederlaget, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.”

Bestemmelsen skal implementere infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, der tillader undtagelser,

”hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til.”

⁹⁵ Jf. bemærkningerne i lovforslag L19 2002 til § 21, stk. 3. § 21, stk. 3, blev ændret til § 16 a, stk. 1, ved en senere lov 1440 af 22.12.2004. Sidstnævntes forarbejder findes i et lovforslag L78 2004.

⁹⁶ Jf. udførligt *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige indtagelser s. 112. Se hertil om forskningsbegrebet *Walter/von Lewinski (eds.)*, European Copyright Law s. 1056.

⁹⁷ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige indtagelser s. 113.

⁹⁸ Jf. forarbejderne til de lovforslag, der er nævnt ovenfor note 95.

Som det fremgår, kræver art. 5, stk. 3, litra a, at der sker kildeangivelse, medmindre det er umuligt. I den danske ophavsretslov fremgår kildeangivelseskravet af § 11, stk. 2, 2. pkt. Det hedder her, at der, når værket gengives offentligt i medfør af en undtagelse i ophavsretslovens kapitel 2, skal ske kildeangivelse ”i overensstemmelse med god skik”. Men som sagt ovenfor afsnit 7.4. er det tvivlsomt, om kildeangivelse i overensstemmelse med god skik er det samme som kildeangivelse, medmindre det er umuligt. Desuden er der kun kildeangivelsespligt efter § 11, stk. 2, 2. pkt., hvis værket gengives offentligt, hvad det f.eks. ikke gør, hvis det bruges i klasser i grundskolen. Se ovenfor afsnit 7.4. Det er derfor ikke givet, at § 18, stk. 1, sammenholdt med § 11, stk. 2, 2. pkt., er forenelig med infosoc-direktivet.

7.8 Konsumtion af spredningsretten. § 19. Efter ophavsretslovens § 19 indtræder der konsumtion af spredningsretten, når et eksemplar med ophavsmandens samtykke er ”solgt eller på anden måde overdraget til andre”. Efter infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, indtræder tilsvarende konsumtion af spredningsretten ved ”salg eller anden overdragelse af ejendomsret”. Efter ordlyden af programdirektivets art. 4, stk. 2 og databasedirektivets art. 5, litra c, konsumeres spredningsretten til edb-programmer og databaser imidlertid kun ved ”salg” (men ikke ved anden form for overdragelse). Den EU-ophavsretlige konsumptionsregel synes således at være forskellig for edb-programmer og databaser på den ene side og andre typer af værker på den anden side i relation til de handlinger, der kan udløse konsumtion. Det kan være vanskeligt at se, hvorfor der ikke skulle indtræde konsumtion af spredningsretten, hvis et eksemplar af et edb-program eller en database eksempelvis foræres væk af ophavsmanden (og måske i endnu højere grad, hvis eksemplaret indgår i en byttehandel). Det kan vel heller ikke udelukkes, at EU-Domstolen gennem en fortolkning af salgsbegrebet i programdirektivet og databasedirektivet vil nå til, at begrebet også omfatter andre former for overdragelse. Ordlyden taler dog for det modsatte, og det samme gør EU-Domstolens præmisser C-128/11 af 03.07.2012 (UsedSoft). Her fortolker EU-Domstolen salgsbegrebet i programdirektivet som ”en aftale, hvorved en person *mod betaling af en pris* afgiver sin ejendomsret til en anden person over et fysisk eller immaterielt gode, der tilhører ham”, pr. 42 (fremhævet her).

Efter ophavsretslovens § 19 indtræder konsumtion ved ”salg eller anden form for overdragelse” for alle værkstyper. Også for edb-programmer og databaser konsumeres spredningsretten således ved gaveoverdragelse mv. Dette er næppe i overensstemmelse med programdirektivet og databasedirektivet, om end det må erkendes, at den danske regulering forekommer mere hensigtsmæssig end EU-reguleringen.

Efter traditionel forståelse vedrører spredning pr. definition *fysiske eksemplarer*. Og efter traditionel forståelse indebærer konsumptionsprincippet, at den spredningsret, der knytter sig til de spredte fysiske eksemplarer, i et vist omfang bortfalder. Begge dele er nu udfordret af praksis fra EU-Domstolen: I C-128/11 af 03.07.2012 (UsedSoft) har EU-Domstolen afgjort, at der på visse betingelser sker spredning, når nogen med rettighedshaverens samtykke downloader et program

fra nettet, og at konsumptionsprincippet herefter betyder, at køberen på visse betingelser kan videreoverdrage programmet, herunder ved at videresælge licensen.⁹⁹ Og i C-174/15 af 10.11.2016 (Vereniging Openbare Bibliotheken) fandt EU-Domstolen, at begrebet ”udlån” i EU-direktivet om udlån og udleje art. 2, stk. 1, litra b – der efter en traditionel betragtning vedrører fysiske eksemplarer, f.eks. trykte bøger – på visse betingelser kan omfatte digital tilrådighedsstillelse af e-bøger på biblioteksservere, og at låne/lejedirektivets art. 6, stk. 1, der muliggør regler om konsumtion af retten til offentligt udlån, også kan vedrøre retten til tilrådighedsstillelse på biblioteksservere.

Det er et tvivlsomt spørgsmål, i hvilket omfang der sker konsumtion, når det eksemplar, der videreoverdrages, er *ændret* i forhold til den måde, det oprindeligt så ud på. Man kan f.eks. spørge, om der sker konsumtion af spredningsretten til et maleri, hvis den, der sælger det videre, har malet videre på det. EU-Domstolen har bidraget til løsningen af spørgsmålet i C-419/13 af 22.01.2015 (Art & Allposters International). Retten nåede her frem til, at der ikke sker konsumtion af spredningsretten, hvis eksemplaret har ”været genstand for en udskiftning af sit medium”, og at der derfor bl.a. ikke sker konsumtion, hvis man overfører en plakat til lærred.¹⁰⁰

7.9 Ophavsretslovens § 21. *Fremførelse ved gratisarrangementer, gudstjeneste eller undervisning.* Ophavsretslovens § 21 lyder:

”Et udgivet værk, som ikke er et sceneværk eller et filmværk, må fremføres offentligt

1. ved lejligheder, hvor tilhørerne eller tilskuerne har adgang uden betaling, hvis fremførelsen ikke er det væsentlige ved den pågældende foranstaltning, og hvis denne ikke finder sted i erhvervsøjemed
2. når fremførelsen sker til brug ved gudstjeneste eller undervisning.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1, nr. 2, gælder ikke for fremførelse i radio eller fjernsyn samt for fremførelse i undervisningsvirksomhed, der sker i erhvervsøjemed.”

Som sagt ovenfor 4.1 er der to slags offentlig fremførelse. Den første er *direkte offentlig fremførelse*. Det er fremførelse, der udgår fra *samme sted som der, hvor publikum er*. Det er f.eks. direkte offentlig fremførelse, hvis en foredragsholder holder et foredrag for tilhørerne i en forelæsningsal, eller hvis skuespillere eller musikere fremfører værker foran et publikum. Den anden slags fremførelse er *overføring til almenheden*. Det er fremførelse, der sker ad teknisk vej, og som udgår fra *et andet*

⁹⁹ Dommen er genstand for udførlig omtale og analyse i Riis/Schovsbo/Udsen, NIR 2013 s. 457 ff. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 262 f., Lindskoug, UfR 2013 B.278 ff./NIR 2013 s. 480 ff., Günther, NIR 2014 s. 205 ff., Lee, IIC 2012 s. 846 ff. og Riis, NIR 2013 s. 139 ff., jf. 146 ff. med henvisninger til international litteratur s. 139 note 3.

¹⁰⁰ Spørgsmålet om, hvorvidt der sker konsumtion, hvis eksemplaret er ændret, behandles udførligt i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 3. udg. 2015 s. 264 f.

*sted end der, hvor publikum er.*¹⁰¹ Det er bl.a. overføring at udsende beskyttet stof via radio og tv, eller hvis man lægger beskyttet materiale ud på internettet eller andre digitale netværk, hvor folk kan få adgang til det på tidspunkter, de selv vælger. Reglerne om overføring til almenheden er tæt EU-harmoniseret, jf. ovenfor 4.1. Bortset fra et par bestemmelser om ”fremførelse” og ”genanvendelse” i databasedirektivet (96/9 af 11.03.1996) art 5, litra d og e og art. 7, stk. 2, litra b, som muligvis kan tænkes også at omfatte direkte fremførelse, er reglerne om direkte fremførelse derimod ikke genstand for harmonisering.

Det er et ophavsretligt grundprincip, at personer, der *videretransmitterer* fremførelser, som andre har sat i gang, dermed foretager en ny, selvstændig fremførelse (ofte kaldt ”forny et offentlig fremførelse”). Det anses f.eks. for en forny et offentlig fremførelse, hvis en restaurant har radioen tændt, så kunderne kan høre radio, eller hvis en bar har tv’et kørende i hjørnet. Efter traditionel nordisk opfattelse er forny et offentlig fremførelse i offentlige lokaler direkte fremførelse, fordi de udgår fra samme sted som der, hvor publikum er.¹⁰² Nu har EU-Domstolen imidlertid afgjort, at der er tale om overføring, omfattet af EU-harmoniseringen.¹⁰³ Domstolens snedige begrundelse er, at publikum befinder sig et andet sted end den radio/tv-station, udsendelsen oprindeligt udgik fra.¹⁰⁴ Domstolens udmelding må betyde, at det også er overføring, ikke direkte fremførelse, at foretage forny et fremførelse af stof, som andre har lagt ud på internettet, f.eks. hvis en lærer viser sine elever film fra YouTube, eller hvis en erhvervsdrivende spiller musik eller film fra streamingtjenester som ”Spotify”, ”Netflix” o.l. for kunderne.¹⁰⁵ Og det spænder i høj grad ben for ophavsretslovens § 21.

§ 21, stk. 1, nr. 1, tillader som sagt fremførelse under ikke-erhvervsmæssige gratisarrangementer, hvor fremførelsen ikke er det væsentligste. I det omfang den fremførelse, det handler om, er udtryk for direkte fremførelse, er der ikke noget EU-retligt problem i det. Retten til direkte fremførelse er jo ikke EU-harmo-

¹⁰¹ Jf. infosoc-direktivets betragtning 23 f. Se også forarbejderne til lovforslag 2002/1 LSF 19. Det hedder her, at overføring forudsætter et ”distanceelement”. At direkte fremførelse sigter til tilfælde, hvor der er ”fysisk og direkte kontakt” mellem fremføreren og publikum, er sagt af EU-Domstolen i de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 201 ff. og gentaget i C-283/10 af 24.11.2011 (Circul Globus București) præmis 35.

¹⁰² Jf. bl.a. forarbejderne til lovforslag L19, 2002, nr. 3 og 4 (om gengivelse af radio- og tv-udsendelser i butikker og restauranter mv.), *Olsson*, Copyright, Stockholm 2006 s. 192.

¹⁰³ Jf. C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE) (hotel-tv), C-136/09 af 18.03.2010 (OSDD) (hotel-tv), C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)) (installation af radio, tv og cd-afspillere på hotelværelser), de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) (tv på restauranter), C-151/15 af 14.07.2015 (Sociedade Portuguesa de Autores) (radio på restauranter), C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) (tv i behandlingslokaler og venteværelser på genoptræningscentre), jf. også C-135/10 af 15.03.2012 (SCF) om brug af radio i en tandlægeklinik.

¹⁰⁴ Se de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 200 ff. En tanke om, at afspilning af udsendelser i barer mv. er overføring, afspejler sig også i låne- og lejeditivets art. 8, stk. 3 vedr. radio- og fjernsynsselskabers ret til ”kommunikation til offentligheden af deres udsendelser, hvis denne foretages på steder, hvortil der er offentlig adgang mod betaling af entré”. Se tilsvarende Romkonventionens art. 13, litra d.

¹⁰⁵ At afspilning af musik fra streamingtjenester for et publikum er overføring, er nu antaget af Højesteret i UfR 2018.516 H. Udførlig argumentation for resultatet i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 458 f.

niseret, bortset, måske, fra i forbindelse med visse typer af databaser, jf. ovenfor. Det er derfor f.eks. EU-retligt uproblematisk, at § 21, stk. 1, nr. 1, gør det muligt for en pigegarde at fremføre et musikværk under en broindvielse.

Det er derimod et EU-retligt problem, at § 21, stk. 1, nr. 1, også gør undtagelse i retten til *overføring*. Der er nemlig ingen EU-regler, hverken i eller uden for infosoc-direktivet, der tillader medlemslandene at have generelle undtagelser til overførselsretten i forbindelse med ikke-erhvervmæssige gratisarrangementer. Det er derfor f.eks. umiddelbart problematisk, at § 21, stk. 1, nr. 1, gør det muligt for en foredragsholder at vise tilhørerne en YouTube-film under foredraget.

Måske kan visse af undtagelserne i infosoc-direktivets art. 5 redde § 21, stk. 1, nr. 1, på målstregen. Det er bl.a. et spørgsmål, om § 21, stk. 1, nr. 1, evt. kan være omfattet af art. 5, stk. 3, litra o, om "anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet". Men det er tvivlsomt, ikke mindst i tilfælde, hvor nogen viser stof på internettet for et publikum, og hvor der vel derfor ikke er tale om "analoge anvendelser". I *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 114 f. er det desuden opfattelsen, at overføringer efter § 21, stk. 1, nr. 1, er lovlige, hvis de gratisarrangementer, hvor de sker, har en karakter, som får dem til at falde ind under art. 5, stk. 3, litra c (overføring af dagsaktuelle politiske, økonomiske eller artikler eller radio/tv-udsendelser eller overføring i forbindelse med skildring af dagsbegivenheder), litra e (værksanvendelse af hensyn til offentlig sikkerhed mv.), litra f (anvendelse af politiske taler eller offentlige forelæsninger mv.) eller g (værksanvendelse under offentligt arrangerede politiske eller religiøse ceremonier). Men spørgsmålet er tvivlsomt. Og der er ikke tvivl om, at en række af de overføringer, der er tilladt efter § 21, stk. 1, nr. 1, vil være EU-retligt problematiske.

§ 21, stk. 1, nr. 2, muliggør offentlig fremførelse, herunder overføring, af værker i forbindelse med gudstjeneste eller undervisning. Det har i infosoc-direktivet hjemmel i art. 5, stk. 3, henholdsvis litra g og a. Litra a om undervisning kræver dog, at der sker navne- og kildeangivelse, medmindre det er umuligt. Efter den danske ophavsretslov kræver fremførelse efter § 21 derimod kildeangivelse i overensstemmelse med "god skik", jf. § 11, stk. 2, 2. pkt. Se hertil ovenfor 7.4 og 7.7. Det er derfor ikke givet, at den kildeangivelse, der skal ske efter § 21, stk. 1, nr. 2, smh. med § 11, stk. 2, 2. pkt., i forbindelse med fremførelse af værker i undervisning, lever op til infosoc-direktivet.

Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, som § 21, stk. 1, nr. 2, bl.a. implementerer, taler om "anskueliggørelse i forbindelse med undervisning". I det ligger, dels at der skal være tale om undervisning, der udgår fra egentlige undervisningsinstitutioner, dels at værket skal bruges som et eksempel, som illustrerer eller forklarer det, der undervises i. Se *Walter/v. Lewinski (eds.)*, European Copyright Law s. 1043. I Sø- og Handelsrettens dom i UfR 2018.516 H er det ikke desto mindre antaget, at fremførelse af musik på danse- og motionshold i en almen-nyttig FOF-forening er omfattet af § 21, stk. 2, nr. 2. Hvis den fremførelse, der

sker i FOF-foreningen, har karakter af overføring i form af streaming, er det resultat formentlig i strid med infosoc-direktivet.¹⁰⁶ Højesteret mente dog ikke, at det var bevist, at den fremførelse, der var sket i FOF-foreningen, havde haft karakter af streaming, eller at den var offentlig i ophavsretlig forstand,¹⁰⁷ hvilket løste problemet.

7.10 Ophavsretslovens § 22. *Citat.* Ophavsretslovens § 22 udtaler:

”Af et offentliggjort værk er det tilladt at citere i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet.”

Reglen suppleres af § 11, stk. 2. Det hedder her, at når et værk gengives offentligt i henhold til en undtagelse i ophavsretslovens kapitel 2, skal ”kilden angives i overensstemmelse med, hvad god skik kræver”.

I infosoc-direktivet fremgår retten til at have citatregler af art. 5, stk. 3, litra d. Det kræves her, at

”... der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til.”

§ 22 giver anledning til i hvert fald tre EU-retlige problemer. For det første er det tvivlsomt, om kildeangivelse i overensstemmelse med god skik, jf. ophavsretslovens § 11, stk. 2, er det samme som at kildeangive, medmindre det er umuligt, jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a.¹⁰⁸

For det andet gælder kildeangivelsespligten efter § 11, stk. 2, kun i tilfælde, hvor citatet gengives offentligt. Det forholder sig anderledes med kildeangivelsespligten efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d.¹⁰⁹ Ophavsretslovens system, hvorefter der kun er kildeangivelsespligt i forbindelse med citater, der gengives offentligt, er i øvrigt heller ikke i overensstemmelse med Bernerkonventionen.¹¹⁰

For det tredje er det traditionelt fast antaget i dansk ret, at citering normalt kræver, at citatet skal tages over i noget, der i sig selv er et værk.¹¹¹ Det er nu fejlet af bordet af EU-Domstolen i C-145/10 af 01.12.2011 (Painer), svaret på

¹⁰⁶ Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 201 f.

¹⁰⁷ Højesterets resultat i sagen drøftes af Blomqvist/Rosenmeier, NIR 2018 s. 200 ff.

¹⁰⁸ Jf. Stausholm Nielsen, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 104 f., Walter/von Lewinski (eds.), European Copyright Law s. 1049 m. note 401 smh. m. s. 1044. Se desuden ovenfor 7.4, 7.7 og 7.9.

¹⁰⁹ Jf. henvisningerne i forrige note.

¹¹⁰ Jf. konventionens art. 10. Det hedder her, at ”Det er tilladt at citere fra værker, som lovligt er gjort tilgængelige for almenheden, under forudsætning af, at citaterne er i overensstemmelse med god skik, og at de med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad der berettiges af formålet” (stk. 1), og at ”Når værker bruges i overensstemmelse med denne artikels foregående stykke, skal værkets kilde angives ligesom ophavsmandens navn, hvis dette er angivet i kilden” (stk. 3).

¹¹¹ Jf. f.eks. Schønning, Komm.OPHL, kommentar 1.2 til § 22.

spørgsmål 4 til Domstolen, herunder særligt præmis 133 ff. Se hertil ovenfor note 29 og 31.

7.11 Ophavsretslovens § 23, stk. 1. *Brug af kunstværker og beskrivende værker i "videnskabelige eller kritiske fremstillinger"*. Ophavsretslovens § 23, stk. 1, bestemmer:

"Offentliggjorte kunstværker og værker af beskrivende art, jf. § 1, stk. 2, må gengives i kritiske eller videnskabelige fremstillinger i tilslutning til teksten, når det sker i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet. Gengivelsen må ikke ske i erhvervsøjemed".

Ifølge forarbejderne implementerer bestemmelsen infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, om tilfælde, hvor

"[...] der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til".

Det er uklart, hvad § 23 mener med "kritisk fremstilling".¹¹² Men da § 23, stk. 1, taler om "kritiske eller videnskabelige fremstillinger", må en kritisk fremstilling logisk være noget andet end en videnskabelig fremstilling. Det er derfor tvivlsomt, om adgangen til at bruge billeder i kritiske fremstillinger efter ophavsretslovens § 23, stk. 1, har hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, der som sagt taler om brug med henblik på "videnskabelig forskning".¹¹³

Det er dog muligt, at billedbrug i kritiske fremstillinger efter § 23, stk. 1, evt. kan have hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o om "anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet". Det gælder dog kun i tilfælde, hvor de kritiske fremstillinger er rent analoge.¹¹⁴

Det kan heller ikke udelukkes, at § 23, stk. 1, kan hjemles i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d om

"citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt,

¹¹² Jf. nærmere Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 276 m. domshenvisninger.

¹¹³ Jf. Stausholm Nielsen, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 116 f. Om begrebet videnskabelig forskning i direktivets forstand se Walter/von Lewinski (eds.), European Copyright Law s. 1043.

¹¹⁴ Jf. Stausholm Nielsen, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 117 f. Som beskrevet der er det opfattelsen i forarbejderne til den svenske ophavsretslovs § 23, at brug i analoge videnskabelige fremstillinger har hjemmel i litra o. Se prop. 2004/05: 110 s. 221.

og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til”.¹¹⁵

Men spørgsmålet er tvivlsomt.

7.12 *Ophavsretslovens § 23, stk. 3. Underordnet gengivelse af værker i andre medier.* Efter ophavsretslovens § 23, stk. 3, må kunstværker, der er udgivet eller overdraget til andre af ophavsmanden, ”gengives i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng.” Bestemmelsen implementerer infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i, der giver medlemsstaterne mulighed for at indføre en indskrænkning i ophavsretsbeskyttelsen,

”hvis der er tale om tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale”.

Mens ophavsretsloven således undtager brug af ”underordnet betydning”, undtager direktivet blot ”tilfældig medtagelse”, hvilket ikke nødvendigvis er det samme.

Den danske bestemmelse blev ikke ændret ved implementeringen af infosoc-direktivet i 2002, og det har således været lovgivers opfattelse, at lovens § 23, stk. 3, er i overensstemmelse med direktivets art. 5, stk. 3, litra i.¹¹⁶ Den danske regel omfatter dels situationer, hvor værker optræder i en gengivelse, uden at dette har været intentionen, dels situationer hvor brugen af værket er resultatet af en beslutning, men hvor brugen er af underordnet betydning. I bet. 1197/1990 anføres det, at grænserne for reglen, der nu er indeholdt i § 23, stk. 3, overskrides ”hvis et kunstværk f.eks. gennem gentagen visning kommer til at spille en mere fremtrædende rolle som led i en TV-produktions stilistiske virkemidler”.¹¹⁷ Dvs. at reglen finder anvendelse i de tilfælde, hvor kunstværket ikke har ”en mere fremtrædende rolle”.

Spørgsmålet er, om implementeringen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i, der i den danske sprogversion anvender betegnelsen ”tilfældig” i stedet for ”underordnet”, burde have givet anledning til at modificere det traditionelle udgangspunkt i dansk ret. Der foreligger ingen praksis fra EU-Domstolen om fortolkning af art. 5, stk. 3, litra i, og der er intet i direktivets forarbejder, som peger i retning af, at bestemmelsen skal fortolkes på den ene eller den anden måde. EU-Domstolen har dog som tidligere nævnt mere generelt udtalt, at de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, efter fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende.¹¹⁸

¹¹⁵ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 117 f. At litra d kan omfatte citat fra billeder, var ubestridt i C-145/10 2011 (Painer) og lagdes derfor til grund af EU-Domstolen, uden at den dog tog stilling til, om opfattelsen var holdbar. Se nærmere præmis 122 f.

¹¹⁶ Lovforslag L 19 af 2. oktober 2002 bilag 3.

¹¹⁷ Jf. betænkningen s. 179.

¹¹⁸ Jf. ovenfor 2.3 m. note 26 ff.

Walter/von Lewinski mener, at indskrænkningen i direktivet kun omfatter værker, der optræder tilfældigt, i betydningen utilsigtet, i en gengivelse: ”*For example, a film director usually chooses all props, even paintings and sculptures, in the background of a scene. Accordingly, such works are not 'incidentally' included in the film material.*”¹¹⁹ Denne opfattelse, hvorefter indskrænkningen i art. 5, stk. 3, litra i, kun omfatter tilfældig medtagelse af et værk, kan finde støtte i samme reale betragtninger, som ligger bag EU-Domstolens fortolkning af almenhedsbegrebet i forbindelse med overførselsretten, hvor Domstolen har fastslået, at overføringer kun anses for at ske til almenheden, hvis overføreren foretager dem i den bevidste hensigt at gøre værket tilgængeligt for en bred kreds, jf. ovenfor i afs. 4.1., se også nedenfor i afs. 7.20 om de minimis-princippet. Rationalet er således, er det kun er de bevidste handlinger, der er omfattet af den ophavsretlige eneret.

Heroverfor er der dog andre af direktivets sprogversioner, der støtter den traditionelle dansk forståelse af indskrænkningen. I direktivets svenske sprogversion anvendes ligesom i den danske ophavsretslov udtrykket ”underordnet betydelse”, og i § 23 a, stk. 2, i den norske ophavsretslov, der på dette punkt i medfør af EØS-aftalen skal være i overensstemmelse med Infosoc-direktivet, omfatter undtagelsen værker, som ”spiller en underordnet rolle i sammenhengen”. De engelske og tyske sprogversioner er mere tvetydige. I den engelske sprogversion anvendes udtrykket ”incidental”, der ud over ”tilfældig” også kan bruges i betydningen ”underordnet”, og i den tyske sprogversion anvendes udtrykket ”beiläufige”, der både kan betyde ”uvæsentlig” og ”tilfældig”.¹²⁰

I engelsk ophavsret var der også inden implementeringen af Infosoc-direktivet en indskrænkning i ophavsretsbeskyttelsen vedrørende ”*incidental inclusion*”. Denne undtagelse er blandt andet blevet fortolket i sagen *IPC Magazines v. MGN* [1998] FSR 431, hvor det udtales, at en medtagelse (inclusion) er ”incidental”, hvis den er ”casual, inessential, subordinate, or merely background”.¹²¹ I samme bog, som er udgivet efter Infosoc-direktivets implementering i England, siges det om undtagelsen, at den finder anvendelse ”*irrespective of whether a work is accidentally or deliberately included*”.¹²²

I tysk ophavsret der muligvis en mere restriktiv fortolkning af indskrænkningen,¹²³ men også her synes der i doktrinen at være en opfattelse af, at det forhold, at et værk optræder utilsigtet i en gengivelse, ikke i sig selv udelukker anvendelsen af indskrænkningen vedrørende ”*unwesentliches Beiwerk*” (underordnet betyde-

¹¹⁹ Walter/von Lewinski (eds.), European Copyright Law s. 1053.

¹²⁰ Bestemmelsen er implementeret i den tyske ophavsretslovs § 57 med udtrykket ”*unwesentliches Beiwerk*”. Se også de forskellige sprogversioner af direktivet hos Stausholm Nielsen, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 119 note 122.

¹²¹ Citeret fra Lionel Bentley & Brad Sherman, Intellectual Property Law, 3rd ed. 2009.

¹²² Ibid. s. 179.

¹²³ Jf. dom af 17. november 2014 fra Bundesgerichtshof (sag I ZR 177/13 – Möbelkatalog), hvor domstolen i øvrigt afviste at indbringe spørgsmålet om den rette fortolkning af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i) med henvisning til Acte Clair.

ning), men at det dog er et moment, der peger i retning af, at bestemmelsen ikke skal finde anvendelse.¹²⁴

Indskrænkningen har været pådømt i en kendelse af 28. juni 2012 fra Københavns Byret.¹²⁵ Sagen drejede sig om en spillefilm, hvor en indespærret vampyr fra 1700-tallet genopstår i 1972. Da vampyren går igennem et rum med legetøj, vises en stående trold med orange hår, der er et ophavsretligt beskyttet værk skabt af Thomas Dam. Trolden vises i en stand-still form i cirka 7–8 sekunder. Vampyrens ansigtsudtryk ændres ved synet af den stående trold, og han peger på den med sin pegefinger, og går så videre til noget andet legetøj. Rettighedshaveren til trolden havde ikke givet tilladelse til denne brug. Trolden var taget med for at skabe et tidstypisk billede, og brugen må derfor anses for tilsigtet. Heroverfor kan trolden dog ikke siges at spille en væsentlig rolle. Fogedretten fandt, at fremstillingen af trolden var af underordnet betydning med henvisning til, at den stående trold kun var afbilledet ganske kortvarigt, ikke indgik i dialogen eller historien, og indgik i scenen blandt andre tidstypiske genstande. På denne baggrund blev der ikke nedlagt forbud.

Det er uklart, hvorledes infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i, skal fortolkes, men hvis Walter & von Lewinski har ret i deres fortolkning om indskrænkningens anvendelsesområde, vil indskrænkningen i ophavsretslovens § 23, stk. 3, være bredere end art. 5, stk. 3, litra i, og må i givet fald dermed antages at være i strid med direktivet.

7.13 *Ophavsretslovens § 24, stk. 1. Gengivelse i kataloger.* Ophavsretslovens § 24, stk. 1, lyder:

”Kunstværker, der indgår i en samling, eller som udstilles eller udbydes til salg, må gengives i kataloger over samlingen. Sådanne kunstværker må endvidere gengives i meddelelser om udstilling eller salg, herunder i form af overføring til almenheden.”

Efter forarbejderne implementerer bestemmelsen infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra j, om

”anvendelse med det formål at give meddelelse om en offentlig udstilling eller salg af kunstværker i den udstrækning, det er nødvendigt for at promovere begivenheden, men ikke i forbindelse med nogen anden kommerciel anvendelse”.

¹²⁴ Wandtke/Bullinger/Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2014, UrhG § 57 Rn. 1–2: ”Richtigerweise ist die beabsichtigte Einbeziehung eines Werkes in den eigentlichen Gegenstand der Verwertung ein Indiz, dass kein unwesentliches Beiwerk vorliegt; maßgeblich für die Einschätzung ist die Sicht eines objektiven Betrachters”.

¹²⁵ FS F3-10062/2012.

Som det fremgår, kræver art. 5, stk. 3, litra j, at der er tale om en ”offentlig” udstilling. Det er derimod ikke med i § 24, og det er ikke i overensstemmelse med direktivet.¹²⁶

Det er dog muligt, at gengivelse i og salg af rent analoge kataloger efter § 24, stk. 1, kan have hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, citeret ovenfor 7.11. Den kræver dog, at der er tale om ”analoge anvendelser”. Så digitale kataloger, herunder på internettet, må falde uden for den bestemmelse.

7.14 *Ophavsretslovens § 24, stk. 3. Afbildning af bygninger.* Ophavsretslovens § 24, stk. 3, udtaler:

”Bygninger må frit afbildes.”

Efter forarbejderne implementerer bestemmelsen infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra m. Den drejer sig om

”anvendelse af et kunstværk i form af en bygning eller i en tegning eller plan vedrørende en bygning med henblik på genopbygning af bygningen”.

Forarbejderne til § 24, stk. 3, afspejler den tolkning af litra m, at den helt generelt giver hjemmel til undtagelser om anvendelse af bygninger.¹²⁷ Men det er nærliggende at læse litra m sådan, så den kun giver hjemmel til anvendelse af bygninger hvis det sker med henblik på genopbygning. Det er sådan, bestemmelsen antages at skulle forstås i det førende EU-ophavsretlige standardværk, *Walter/von Lewinski (eds.)*. European Copyright Law s. 1055 f. Den tolkning støttes vel af tre-trin-testen og princippet om, at undtagelser skal tolkes snævert, jf. ovenfor afsnit 2.3 med note 27–28.¹²⁸

¹²⁶ Sml. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 119 f. Efter forf.s opfattelse strider det også mod art. 5, stk. 3, litra j, at det hedder i bet. 1197/1990 s. 179 og FT 1994–95, tillæg A s. 1358, at katalogerne kan sælges i forbindelse med udstillingerne. Det virker tvivlsomt.

¹²⁷ Jf. lovforslag L19 2002 bilag 3 (”Art. 5, stk. 3, litra m, er en valgfri undtagelse dels om anvendelse af et kunstværk i form af en bygning, dels om anvendelse af en tegning eller plan vedrørende en bygning m.h.p. genopbygning af en bygning. Bestemmelsen giver hjemmel til at opretholde ophavsretslovens § 24, stk. 3, hvorefter bygninger frit må afbildes.”).

¹²⁸ At undtagelser om afbildning af bygninger – somme tider omtalt som ”freedom of panorama” – har hjemmel i, ikke litra m, men litra h, omtalt straks nedenfor, er også antaget i andre lande. Se for svensk ret prop. 2004/05:110 s. 226, for tysk ret *Schricker/Loewenheim (red.)*, Urheberrecht, München 2010 s. 1142 eller for engelsk ret *Garnett/Davies/Harbottle (red.)*, Copinger/Skone James, On Copyright bd. I, London 2011 s. 642 f. Denne opfattelse fremgår også af forskellige EU-publikationer tilgængelige på ”European Parliamentary Research Service Blog” (<https://epthinktank.eu>) under opslagsordet ”Freedom of panorama”, herunder f.eks. *Popova*, Report on the freedom of panorama in Europe afsnit II. Et andet eksempel er den såkaldte ”Reda-rapport”, skrevet af medlem af Europa Parlamentet Julia Reda (2014/2256(INI)) (”Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society” (2014/2256(INI)). Se rapportens s. 11.

Hvis ikke § 24, stk. 3, er dækket af art. 5, stk. 3, litra m, kan den til dels dækkes af art. 5, stk. 3, litra h (om ”anvendelse af værker, f.eks. arkitektoniske værker eller skulpturer, der er beregnet til at være varigt anbragt på offentlige steder”), litra i (om ”tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale”) eller litra o (om ”anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet”).¹²⁹ Selv hvis det antages, giver § 24, stk. 3, dog stadig mulighed for anvendelser, der falder uden for disse bestemmelser, herunder f.eks. digital afbildning af bygninger, der ikke befinder sig på offentlige steder, men f.eks. i en lukket, privat park.

7.15 Ophavsretslovens § 26. Gengivelse af offentlige forhandlinger. Ophavsretslovens § 26 bestemmer:

”Forhandlinger i Folketinget, kommunalbestyrelserne og andre valgte offentlige myndigheder, i retssager samt på offentlige møder, som afholdes til drøftelse af almene spørgsmål, må gengives uden ophavsmandens samtykke. Ophavsmanden har dog eneret til at udgive samlinger af sine egne indlæg.”

Ifølge forarbejderne implementerer bestemmelsen infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra e og f om henholdsvis

”anvendelse, der sker af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer” (litra e),

og

”anvendelse af politiske taler samt uddrag af offentlige forelæsninger eller lignende værker eller frembringelser, og det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt” (litra f).

Det må betyde, at den del af § 26, der drejer sig om forhandlinger på ”offentlige møder, som afholdes til drøftelse af almene spørgsmål”, anses for dækket af litra f.’s ord om ”politiske taler samt uddrag af offentlige forelæsninger eller lignende værker”.

En ”forhandling” kan tilrettelægges på flere måder. Visse forhandlinger foregår under formelle, ordnede former, hvor deltagerne fremkommer med successive indlæg under ledelse af en ordstyrer, og hvor hvert indlæg får karakter af en lille tale. Andre forhandlinger har mere karakter af en dialog, hvor deltagerne løbende svarer hinanden. Men mens en forhandling af den førstnævnte slags måske nok med god vilje kan karakteriseres som en ”politisk tale” eller som en ”forelæsning eller lignende”, er det ikke givet, at det samme altid gælder indlæg fremført under

¹²⁹ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 122 og 124.

forhandlinger af den sidstnævnte slags. Og derfor kan det nok diskuteres, om den del af § 26, der drejer sig om gengivelse af forhandlinger på offentlige møder, er i overensstemmelse med direktivet. Man skal i den forbindelse huske, at det følger af både infosoc-direktivets betragtning 44, tre-trin-testen og et særligt EU-retligt princip, at undtagelser normalt skal fortolkes snævert og indskrænkende, jf. ovenfor 2.3 med note 26–28.¹³⁰

I tilfælde, hvor et diskussionsindlæg på et offentligt møde måtte være dækket af ordene ”offentlige forelæsninger eller lignende værker eller frembringelser” i litra f, er der et problem til: § 26 gør det muligt at gengive diskussionsindlæg på offentlige møder i deres helhed. Litra f., derimod, tillader kun gengivelse af dem i ”uddrag”.

Endelig kræver litra f, at der sker navne- og kildeangivelse, ”medmindre det er umuligt”. Den danske ophavsretslov, derimod, er tilfreds, hvis bare der sker navne- og kildeangivelse i overensstemmelse med ”god skik”, jf., § 26 sammenholdt med § 11, stk. 2. Og det er nok noget andet.¹³¹

7.16 Ophavsretslovens § 31. Efemære optagelser. Efter ophavsretslovens § 31 må radio- og fjernsynsforetagender til brug i deres udsendelser optage værker på bånd, film eller anden indretning, der kan gengive dem, under forudsætning af, at de har ret til at udsende de pågældende værker. Retten til at gøre således optagne værker tilgængelige for almenheden afhænger af de i øvrigt gældende regler. Desuden bemyndiges Kulturministeren til at fastsætte nærmere regler om vilkårene for at foretage sådanne optagelser og om brugen og opbevaringen af disse.

Bestemmelsen blev indført i loven ved 1961-revisionen, og videreførtes med uvæsentlige justeringer ved 1995-revisionen. Hjemmelen til at fastsætte nærmere regler har ikke været benyttet. Bestemmelsen gennemførte i dansk ret en bestemmelse i artikel 11bis, stk. 3, i Bernerkonventionen, som var indføjet i konventionens Bruxellesakt i 1948:

”Hvis ikke andet er aftalt, indbefatter en tilladelse, der gives i overensstemmelse med denne artikels stk. 1, [dvs. til blandt andet udsendelse i radio eller fjernsyn] ikke tilladelse til at optage det radioudsendte værk ved hjælp af anordninger, der kan optage lyd eller billeder. Det er dog forbeholdt unionslandenes lovgivning at fastsætte bestemmelser med hensyn til midlertidigt prægede optagelser, som foretages af et radioforetagende med dets egne hjælpemidler og til brug for dets egne udsendelser. Ved en sådan lovgivning kan der gives adgang til opbevaring af sådanne optagelser i officielle arkiver på grund af deres exceptionelt dokumentariske karakter.”

Anvendelsesområdet for den danske bestemmelse er ikke begrænset til den egentlige ophavsret til litterære og kunstneriske værker. I kraft af henvisningsbestemmelser i §§ 65, stk. 6, 66, stk. 2, 67, stk. 2, 69, stk. 3, 70, stk. 3, og 71, stk. 5, er bestemmelsen tillige gjort anvendelige på beskyttelsen af udøvende kunstnere,

¹³⁰ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 126.

¹³¹ Se *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 104 og ovenfor 7.4, 7.7 og 7.9.

fremstillere af lydoptagelser, fremstillere af billedoptagelser, radio- og fjernsynsforetagender, fremstillere af fotografiske billeder samt fremstillere af kataloger m.v.

Siden er emnet tillige blevet en del af EU-retten, idet der skete en vis harmonisering af indskrænkningerne i ophavsretten ved infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, hvor det bl.a. hedder:

”2. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion med hensyn til:

[...]

d) efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser; bevarelse af sådanne optagelser i officielle arkiver kan tillades, når der er tale om optagelser af exceptionel dokumentarisk karakter.”

Bestemmelsen omtales endvidere i direktivets betragtning 41:

”(41) Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar.”

Desuden belyser direktivets betragtning 44 dets forhold til de internationale konventionsforpligtelser, herunder Bernerkonventionen:

”(44) Når undtagelserne og indskrænkningerne som omhandlet i dette direktiv anvendes, bør det ske i overensstemmelse med internationale forpligtelser. Sådanne undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser. Medlemsstaternes bestemmelser om sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør navnlig på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger, sådanne undtagelser eller indskrænkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund. Det kan derfor blive nødvendigt at begrænse visse undtagelser eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser.”

Hertil kommer, at direktivet i henhold til dets betragtning 15 tjener til at gennemføre visse internationale forpligtelser, herunder WIPO Copyright Treaty (WCT) fra 1996, hvori art. 1, stk. 4. ved henvisning til Bernerkonventionen inkorporerer dennes artikler 1 til 21 samt konventionens tillæg.

Direktivbestemmelsen har været forelagt EU-Domstolen i en enkelt sag, nemlig C-510/10 af 26.04.2012 (DR og TV2 Danmark). Sagen vedrørte et andet aspekt af bestemmelsen end det, der skal drøftes her, men i præmisserne 29 til 33 udtaler Domstolen, at som følge af, at EU har tiltrådt og ved direktivet gennemført WCT, som henviser til Bernerkonventionen, er EU forpligtet til at efterkomme denne konventions bestemmelser. Igennem infosoc-direktivet udøver EU herefter den tidligere nationale kompetence til at gennemføre

konventionsbestemmelserne. I direktivet har EU således givet medlemsstaterne mulighed for at gennemføre bestemmelser om efemære optagelser. I præmis 33 afrundes dette således:

”Det bemærkes dernæst, at ifølge fast retspraksis følger det såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, der ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union [...]”

Selv om denne præmis specifikt omhandler spørgsmålet om forståelsen af betingelsen om, at optagelserne foretages ”af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser”, er det givet, at noget tilsvarende også gælder ved forståelsen af betingelsen om, at optagelserne er efemære, altså af forbigående og kortvarig karakter. Det er således et almindeligt EU-retligt princip, at begreber i de ophavsretlige direktiver skal undergives en fælles EU-retlig fortolkning i alle medlemslandene.¹³² Nyere dansk retspraksis er ikke i overensstemmelse hermed. Højesteretsdommen i UfR 2003.284 H omhandlede således en praksis i Danmarks Radio, hvor man til udsendelsesbrug overspiller fonogrammer i diskoteket til harddiske, hvorfra udsendelsen herefter finder sted. De i sagen omhandlede harddiske indeholdt 2000 musiknumre, og det forventedes, at der fremover ville blive udskiftet 35 titler om ugen. Højesteret antog, at bestemmelsen i § 68, som indskrænker fonogramproducenternes rettigheder, ikke kun vedrører retten til udsendelse. Retten synes således at forstå ordene ”anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse” som omfattende både udsendelse og anden rettighedsbelagt brug, herunder – tilsyneladende – eksemplar fremstilling. Retten konstaterer herefter, at det følger af undtagelsesbestemmelsen i § 66, stk. 2, som med hensyn til fonogramproducenternes eneret til eksemplar fremstilling lader § 31 finde tilsvarende anvendelse, ”at radio- og fjernsynsvirksomheder til brug i deres udsendelser må optage lydoptagelser på bånd, film eller anden indretning, der kan gengive dem, under forudsætning af, at de har ret til at udsende de pågældende lydoptagelser. Denne optagelsesret må antages også at give ret til reproduktion, da cd-indspilninger m.v. allerede er ’optaget’.”

På denne baggrund fandt Højesteret, at DR i forhold til fonogramproducenterne har været berettiget til som led i sin udsendelsesvirksomhed at overføre og opbevare lydoptagelserne som sket. Lakonisk tilføjede retten, at ”Danmarks internationale forpligtelser findes ikke at være til hinder herfor.”

Afgørelsens første præmis er vanskeligt forståelig. Hvis man mener, at undtagelsesbestemmelsen vedrørende anvendelse af udgivne fonogrammer til radio- og fjernsynsudsendelse i § 68 ikke kun regulerer selve udsendelsesretten, men også andre enerettigheder, og det kan i sammenhængen alene blive retten til eksemplar fremstilling, så var der jo ikke grund til at henvise til undtagelsesbestemmelsen vedr. eneretten til eksemplar fremstilling i § 66, stk. 2, og dennes henvisning til

¹³² Se ovenfor 2.1.

§ 31, for den ville i så fald kun finde anvendelse på uddgivne lydoptagelser og lignende, som ikke falder under § 68, og sådanne optagelser var ikke til påkendelse under sagen. Når man herefter udlægger betydningen af § 31, som gjort tilsvarende anvendelig ved § 66, stk. 2, anvender man som eneste betingelse, at radio- og fjernsynsvirksomheden har ret til at udsende de pågældende lydoptagelser. Med andre ord er hverken Bernerkonventionens og infosoc-direktivets krav om, at optagelserne skal være efemære eller midlertidigt prægede, tillagt nogen betydning af Højesteret. I og med at § 31 også finder anvendelse på den egentlige ophavsret, søger man også forgæves i domspræmisserne efter en afspejling af den formodning, som Bernerkonventionens tekst opstiller imod, at man indfortolker en ret til eksemplarfremsættelse i indrømmelsen af en ret til udsendelse.

Man kan måske have en vis forståelse for, at Højesteret ikke ser nogen hindring for dette resultat i "Danmarks internationale forpligtelser", for ved gennemførelsen af internationale forpligtelser gælder nok en formodning for, at lovgiver har ønsket loyalt at implementere de internationale normer i dansk ret, men når lovgiver her har valgt at lægge ansvaret over på den udøvende magt i form af bemyndigelsesbestemmelsen i § 31, stk. 2, kan det ikke være domstolenes opgave at samle den byrde op i tilfælde, hvor den udøvende magt har valgt at lade den ligge. Sagen er imidlertid anderledes for så vidt angår EU retten. Her er der et klart krav om, at optagelserne skal være efemære, og det er derved et EU-retligt begreb, som skal fortolkes ensartet i Unionen, og her kan den danske (bort)fortolkning ikke anses for medholdelig.

7.17 *Ophavsretslovens § 32. Gengivelse af værker i tv-udsendelser.* Ophavsretslovens § 32 lyder:

"Diskussionsudsendelser i radio og fjernsyn, hvorunder almene spørgsmål drøftes, må gengives uden ophavsmandens samtykke. Ophavsmanden har dog eneret til at udgive samlinger af sine egne indlæg."

Bestemmelsen skal ifølge forarbejderne have hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra f, om

"anvendelse af politiske taler samt uddrag af offentlige forelæsninger eller lignende værker eller frembringelser, og det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt".

Men det er ikke evident, at indlæg under diskussioner altid kan siges at være "politiske taler" eller "offentlige forelæsninger eller lignende", sml. ovenfor 7.15. Det gælder ikke mindst i lyset af tre trins-testen og det EU-retlige princip om, at undtagelser til hovedregler skal fortolkes snævert, jf. ovenfor 2.3 note 27–28.¹³³ Desuden muliggør § 32, at man gengiver diskussionsindlæg i deres helhed, mens litra f kun muliggør gengivelse i uddrag. Endelig kræver litra f kildeangivelse,

¹³³ Ikke helt så sikker *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 127.

medmindre det er umuligt, mens ophavsretslovens § 32 sammenholdt med § 11, stk. 2, kun stiller krav om kildeangivelse i overensstemmelse med god skik, hvilket ikke nødvendigvis er det samme. Se ovenfor 7.4, 7.7, 7.9 og 7.16.

7.18 Ophavsretslovens § 34. Radio/tv-foretagenders udlevering af optagelser. Ophavsretslovens § 34 lyder:

”Radio- og fjernsynsforetagender kan efter anmodning udlevere optagelser af radio- og fjernsynsudsendelser til personer, der har medvirket i de pågældende udsendelser, eller som anser sig for krænkede gennem omtale i en bestemt udsendelse eller gennem offentlig omtale af den pågældende udsendelse. Optagelser, der er udleveret i henhold til 1. pkt., må kun benyttes til intern brug.”

Bestemmelsen har efter forarbejderne hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, om

”reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikel 6 nævnte tekniske foranstaltninger på det pågældende værk eller den pågældende frembringelse”.

Art. 5, stk. 2, litra b's krav om, at kopieringen skal være foretaget af en fysisk person, betyder, at kopiering foretaget af en fysisk person på vegne af en juridisk person ikke er omfattet.¹³⁴ Efter ophavsretslovens § 34, er det derimod radio- og fjernsynsforetagenderne, der foretager kopieringen. Det er ikke i overensstemmelse med art. 5, stk. 2, litra b.

Begrebet ”privat brug” i art. 5, stk. 2, litra b, sigter til brug, der sker i privatsfæren, herunder blandt familie og venner. med henblik på opfyldelse af et personligt, privat behov.¹³⁵ Desuden må kopieringen ikke være kommerciel. Ophavsretslovens § 34, sidste led om ”intern brug” må vel derimod skulle signalere, at de personer, der har fået udleveret kopier, må bruge dem internt i virksomheder og organisationer, hvor de er ansat, uden at der behøver være tale om egentlig ”privat brug” i snæver forstand.¹³⁶ Det er svært at se, hvordan det kan have hjemmel i art. 5, stk. 2, litra b.¹³⁷

Måske kan § 34 i stedet dækkes af infosoc.-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, citeret ovenfor 7.11. Den kræver dog, at der er tale om ”analoge anvendelser”. De kopier, man får udleveret af radio- tv-stationer, er derimod digitale i stigende omfang. Så spørgsmålet er tvivlsomt.

¹³⁴ Jf. *Walter/von Lewinski (eds.)*, European Copyright Law s. 1033.

¹³⁵ Jf. *Walter/von Lewinski (eds.)*, European Copyright Law s. 1032.

¹³⁶ Jf. kommentaren til bestemmelsen i Schöningh, Komm.OPHL. Det hedder her, at ”intern brug” for privatpersoner antagelig sigter til privat brug, mens det for ansatte personer antagelig betyder brug inden for den pågældende virksomhed eller organisation.

¹³⁷ Jf. *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 127 f.

7.19 *Ophavsretslovens § 35, stk. 2. Kabelviderespredning til maksimum to modtagere.* Efter ophavsretslovens § 35, stk. 1, kan der laves aftalelicenser, der muliggør kabelretransmission af trådløst udsendte radio/tv-udsendelser. Aftalelicensen administreres af Copydan Verdens TV. § 35, stk. 2, tilføjer dog, at

”Uanset bestemmelsen i stk. 1 må værker, der indgår i en trådløs radio- eller fjernsyns-udsendelse, som modtages ved hjælp af egen antenne, videreudsendes over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 2 tilslutninger.”

Bestemmelsen er indført ved lov 1217 af 27.12.1996 og afløser en § 22 a, indført ved lov nr. 274 af 06.06. 1985, hvor grænsen var sat ved 25 tilslutninger. Meningen er at udtrykke, at viderespredning til mere end 2 (førhen 25) modtagere pr. definition er offentlig fremførelse. På den måde håber man at modvirke overflødige retssager.¹³⁸

Men fremførelse i form af kabelviderespredning har karakter af overføring til almenheden. Og som sagt ovenfor 4.1 er spørgsmålet om, hvornår overføringer sker til almenheden, nu harmoniseret via EU-Domstolens praksis. Domstolen kræver bl.a., at overføringen sker over for et ubestemt antal potentielle modtagere, der udgør et betydeligt antal personer. Den modsætningslutning, som § 35, stk. 2, skal lægge op til – dvs. at viderespredning til mere end 2 modtagere pr. definition er offentlig fremførelse – er derfor i strid med EU-retten.¹³⁹

7.20 *De minimis-princippet.* Det antages normalt, at der i dansk ophavsret gælder en ulovbestemt ophavsretlig undtagelse ved navn ”De minimis non curat lex”. Det betyder ”Retten er ligeglad med bagateller”.¹⁴⁰ Princippet menes bl.a. at betyde, at helt *bagatelagtig* værksudnyttelse ikke kræver tilladelse, f.eks. at gå fløj-tende ned ad gaden. Desuden antages det at følge af princippet, at man ikke skal have tilladelse til at udnytte værker på måder, der fremstår som rent *tilfældige og underordnede*. Det anses f.eks. ikke for en ophavsretskrænkelser, hvis man f.eks. i en spillefilm ser et tv køre i baggrunden et kort øjeblik, eller hvis en bog viser et billede af nogen, der sidder på designstole eller drikker af ophavsretligt beskyttede

¹³⁸ Se FT 1984–85 tillæg A sp. 1999 og FT 1996–97 tillæg A s. 1933.

¹³⁹ Jf. *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 470. Mere forsigtigt *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 128 f.

¹⁴⁰ Se udførligt Schovsbo/Rosenmeier/Petersen, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 288 ff. De minimis-princippet er også behandlet intensivt i *Udsen*: De informationsretlige grundsætninger, Kbh. 2009 s. 395 ff. og *Linkis*, Dansk ophavsrets fleksibilitet s. 98 ff. Sidstnævnte forf. er her af den opfattelse, at de minimis-princippet ikke er gældende dansk ret, fordi det savner overbevisende støtte i retspraksis. Heroverfor *Rosenmeier*, UfR 2017 B s. 93 f.

kaffekopper.¹⁴¹ Endelig betyder de minimis-princippet, at det kan være tilladt at bruge et værk på en måde, der er *helt atypisk* og ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, der ligger bag de ophavsretlige regler. Det har støtte i UfR 1997.691 H. Ugebladene Se & Hør, Familiejournalen og Ude og Hjemme havde her bragt reklamer for nogle lotterier. Reklamerne viste billeder af pengesedler i stabler og af personer, der holdt vifter af pengesedler frem eller kastede sedlerne op i luften. Højesteret fandt ikke, at reklamerne krænkede Nationalbankens ophavsret til pengesedlerne, dels p.g.a. de i note 141 nævnte udtalelser i Folketingstidende 1959–60, og dels fordi, som retten fremhævede, pengesedlers primære formål er at repræsentere en økonomisk værdi, og at det afgørende i reklamerne var pengenes symbolværdi, mens det kunstneriske var uvæsentligt mm.

I FT 1959–60, citeret i note 141, menes de minimis-princippet at skyldes, at brug af kunstværker i baggrunden af andre billeder begrebsmæssigt slet ikke er eksemplar fremstilling. Denne argumentation er ikke længere holdbar p.g.a. infosoc-direktivets art. 2, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 3, hvorefter eksemplar fremstilling er ”enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form”. Det er derimod mere nærliggende at se de minimis-princippet som en ulovbestemt ophavsretlig undtagelse.¹⁴² Men spørgsmålet er, om denne undtagelse er forenelig med EU-retten.

I tilfælde, hvor den værksudnyttelse, hvis lovlighed skal vurderes efter de minimis-princippet, har karakter af direkte fremførelse eller visning, er der ikke noget EU-retligt problem, fordi retten til direkte fremførelse og visning ikke er EU-harmoniseret.

I tilfælde, hvor den pågældende værksudnyttelse har karakter af overføring, f.eks. hvis nogen har bilradioen tændt på et offentligt sted,¹⁴³ kan de minimis-princippet evt. hænges op på, at der ikke sker overføring til almenheden i EU-retlig forstand. Som beskrevet ovenfor 4.1 har EU-Domstolen nemlig harmoniseret almenhedsbegrebet. Og en af de læresætninger, Domstolen har udviklet, går ud på, at overføringer kun kan siges at ske til almenheden, hvis overføreren foretager dem i den bevidste hensigt at gøre værket tilgængeligt for en bred kreds.¹⁴⁴

¹⁴¹ Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 5. udg. 2015 s. 289. Som sagt der har den nævnte fortolkning af de minimis-princippet støtte i Folketingstidende 1959–60, tillæg A, spalte 2688. Det hedder her, at afbildninger af kunstværker principielt er eksemplarer, men at det dog ”ligger... i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunsværket blot figurerer som en detalje i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Fotografering eller optagelse på film af et interieur, hvori der indgår kunstværker som f.eks. malerier, vil derfor som regel kunne finde sted uden indhentning af tilladelse fra ophavsmændene til de pågældende værker.”

¹⁴² Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, 4. udg. 2015 s. 291.

¹⁴³ Jf. hertil ovenfor 7.9 og Rosenmeier, NIR 2016 s. 458 f.

¹⁴⁴ Se C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE) præmis 42, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 194 f., C-135/10 af 15.03.2012 (SCF) præmis 82 og 94, C-351/12 af 27.02.2014 (OSA) præmis 32, C-325/14 af 19.11.2015 (SBS Belgium) præmis 30 ff. sammenholdt med f.eks. SGAE-dommen anf. sted eller Premier League-dommen anf. sted, C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) præmis 46 og C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media)

I tilfælde, hvor den pågældende værksudnyttelse har karakter af overføring til almenheden, eksemplarfremsstilling eller spredning til almenheden, må det desuden i vidt omfang være muligt at henføre de minimis-princippet under infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra h (om ”anvendelse af værker, f.eks. arkitektoniske værker eller skulpturer, der er beregnet til at være varigt anbragt på offentlige steder”), litra i (om ”tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale”) eller o (om ”anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet”).¹⁴⁵

Men måske er der tilfælde, som falder uden for ovenstående. Bl.a. kan man evt. argumentere for, at ”tilfældig medtagelse” i litra i vel ikke kan omfatte situationer, hvor medtagelsen er velovervejet og tilsigtet.¹⁴⁶ I den slags tilfælde kan man måske gøre gældende, at de minimis-princippet er så fundamentalt og selvfølgelig, at det kan gælde uden udtrykkelig EU-retlig hjemmel.¹⁴⁷ Men også det er meget tvivlsomt.

8. Ophavsretslovens § 39 ff. Blankbåndsvederlag

Efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, kan medlemslandene have undtagelser til eksemplarfremsstillingsretten for så vidt angår

”reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikel 6 nævnte tekniske foranstaltninger på det pågældende værk eller den pågældende frembringelse”.

Kravet om ”rimelig kompensation” er i den danske ophavsretslov gennemført ved reglerne om ”blankbåndsvederlag” i ophavsretslovens §§ 39 ff. Reglerne indebærer, at der skal betales afgift for ”lyd- eller videobånd eller andre indretninger, hvorpå lyd eller billeder kan optages”. Reglerne betyder bl.a., at der skal betales for hukommelseskort til mobiltelefoner, jf. § 40, stk. 2. Derimod

præmis 35. EU-Domstolens bevidstheds-kriterium gennemgås i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 461 f., jf. også s. 464 m. note 71. Den antagelse, at fremførelse kun er rettighedsbelagt, hvis den sker bevidst, har i øvrigt også en vis støtte i traditionel nordisk ret fra før direktiverne. F.eks. hed det i *Knoph*, Åndsretten, Oslo 1936 s. 89, at det ikke er offentlig fremførelse, hvis en sanger over sig for åbne vinduer, selvom der danner sig en tilhørerskare udenfor, men at det forholder sig modsat, hvis sangeren havde offentlig fremførelse til hensigt. Jf. tilsvarende *Eberstein*, NIR 1949 s. 10, *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.1 til § 2 og *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsret s. 181 f., jf. s. 189. Se hertil *Rosenmeier*, anf. sted s. 451 f.

¹⁴⁵ Jf. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immateralret, 4. Udg. 2015 s. 291. Se også (dog uden nævnelser af litra h) *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 129 ff.

¹⁴⁶ Jf. nærmere *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 130, jf. s. 118 f. Se også ovenfor 7.12.

¹⁴⁷ Jf. nærmere *Linkis*, Dansk ophavsrets fleksibilitet og 103 ff. Se også *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser s. 131.

skal der, som reglerne traditionelt tolkes, ikke betales for mobiltelefoner med indbygget intern hukommelse. I C-463/12 af 05.03.2015 (Copydan Båndkopi) har EU-Domstolen afgjort, at det kun er foreneligt med EU-retten, hvis det kan fastslås, at hukommelseskort og interne hukommelser ikke er sammenlignelige, eller hvis der er saglig grund til at forskelsbehandle dem, jf. nærmere Domstolens svar på spørgsmål 5. Det er tvivlsomt, om de danske regler kan klare prøven. I 2017 er der bl.a. derfor nedsat et kulturministerielt udvalg, der skal komme med forslag til en ny ordning, der også omfatter interne hukommelser.¹⁴⁸

9. *Sui generis*-beskyttelse af databaser. Ophavsretslovens § 71

Helt tilbage fra ophavsretsloven af 1961 har der bestået en beskyttelse af kataloger mv., hvor der sammenstilles et større antal oplysninger. Bestemmelsen, der navnlig tidligere blev betegnet ”katalogreglen”, er i dag placeret i ophavsretslovens § 71 og har følgende ordlyd:

”Den, som fremstiller et katalog, en tabel, en database eller lignende, hvori et større antal oplysninger er sammenstillet, eller som er resultatet af en væsentlig investering, har eneret til at råde over det pågældende arbejde som helhed eller en væsentlig del deraf ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden.”

Ordet ”database” blev indsat i bestemmelsen i forbindelse med implementeringen af databasedirektivet i 1998. Beskyttelsesobjektet for *sui generis* databaseretten efter direktivet følger af dets art. 7, stk. 1:

”Når indsamling, kontrol eller præsentation af en databases indhold ud fra et kvalitativt eller kvantitativt synspunkt er udtryk for en væsentlig investering, sikrer medlemsstaterne databasens fremstiller en ret til at forbyde udtræk og/eller genanvendelse af hele basens indhold eller en væsentlig del deraf, vurderet kvalitativt eller kvantitativt.”

Forudsætningen for at opnå en *sui generis*-beskyttelse efter direktivet er således, at der foreligger en database, og at indsamling, kontrol eller præsentation af databasens indhold ud fra et kvalitativt eller kvantitativt synspunkt er udtryk for en væsentlig investering.

Dette er ikke sammenfaldende med kravene efter ophavsretslovens § 71. Efter denne bestemmelse gælder beskyttelsen af databaser, hvis der er sammenstillet et større antal oplysninger *eller* databasen er resultatet af en væsentlig investering. Efter sin ordlyd vil det derfor være muligt at opnå databasebeskyttelse efter § 71, selvom der ikke er foretaget en væsentlig investering, når blot databasen indeholder et større antal oplysninger. Databasedirektivet forudsætter, at der skal foreligge en væsentlig investering, og § 71 udvider derfor efter sin ordlyd området for databasebeskyttelsen.

Denne udvidelse kan ikke antages at være i overensstemmelse med direktivet, der næppe giver medlemsstaterne mulighed for at indføre *sui generis*-beskyttelse

¹⁴⁸ Se nærmere www.kum.dk, pressemeddelelsen ”Nyt udvalg skal se på blankmedieordningen” af 21.03.2017.

af databaser, der ikke opfylder direktivets beskyttelseskrav. Der er støtte for resultatet i EU-Domstolens praksis:

Databasedirektivet bestemmer, at EU-landene skal give ophavsretlig beskyttelse til kompilationer, der opfylder originalitetskravet (art. 3) og nabo-retlig beskyttelse til kompilationer, der er resultat af en væsentlig investering (art. 7). I Football Dataco-dommen blev EU-Domstolen spurgt, om art. 3, der giver ophavsretlig beskyttelse til originale kompilationer indebærer en udtømmende regulering af spørgsmålet. Det svarede retten ja til. I den sammenhæng fremhævede den, at direktivet jo har til formål at fremme det indre marked, og sørge for, at der gælder de samme regler i de forskellige lande. Se ovenfor 2.2. Der kan næppe være tvivl om, at Domstolen vil nå samme konklusion for så vidt angår sui generis databaser, hvilket også understøttes af dommens præmis 48: ”I denne henseende skal det understreges, at direktiv 96/9 tilsigter, som anført i dettes første til fjerde betragtning, at fjerne forskelle i den retlige beskyttelse, der gælder i henhold til medlemsstaternes love på området for retlig beskyttelse af databaser, *herunder* vedrørende rækkevidden og vilkårene for den ophavsretlige beskyttelse, og som har indvirket negativt på det indre markeds funktion, på den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser inden for Den Europæiske Union og på udviklingen af et informationsmarked i denne” (fremhævet her). Se også en dom fra Sø- og Handelsretten af 24. februar 2006 (”Ofir-dommen”), meningsforstyrrende forkortet i UfR 2006.1564 SH. I sagen gjorde den påståede krænker gældende, at ejendomsmæglerkæden ”homes” database med ejendomsoplysninger ikke var udtryk for en væsentlig investering, og at sui generis-beskyttelsen var totalharmoniseret med direktivet, hvorfor der ikke kunne opnås beskyttelse, selvom databasen måtte bestå i et ”større antal oplysninger”. Sø- og Handelsretten gav den påståede krænker medhold i, at databasen ikke var udtryk for en væsentlig investering, hvorfor databasen ikke nød beskyttelse efter § 71, ”der må forstås i overensstemmelse med databasedirektivets art. 7, stk. 1”. Der er næppe tvivl om, at databasen sammenstillede et større antal oplysninger, men dette kvalificerede altså ikke til beskyttelse efter rettens opfattelse, hvilket kun kan forklares med, at retten anså direktivets regler for at være totalharmoniserende.¹⁴⁹ At § 71 på dette punkt fejlimplementerer direktivet, er ligeledes en udbredt opfattelse i den nordiske litteratur.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Rettens antagelsen om, at ”homes” database ikke levede op til kravene i databasedirektivet, er i øvrigt en retsvildfarelse. Se *Rognstad*, NIR 2007 s. 411 ff., *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 110 og *Rosenmeier*, Ejerskab til og ansvar for data. Bilagsrapport til Erhvervsministeriets rapport ”Barrierer for virksomheders dataanvendelse”, tilgængelig på <https://erhvervsstyrelsen.dk/barrierer-virksomheders-dataanvendelse> s. 27.

¹⁵⁰ Se eksempelvis udførligt *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 126 ff., se også mere kort 5. udg. s. 108 f., *Udsen*, It-ret 2015, s. 204 f., *Lorentzen*, NIR 2004 s. 120. Også *Axhamn* har været af denne opfattelse, se ’Sui generis-skydd för databaser’, Stockholm 2006 s. 113 ff. og *samme* i NIR 2006 s. 292, men giver i ’Databasskydd’, 2016 især s. 304 udtryk for, at han finder, at direktivet tillader opretholdelse af en parallel beskyttelse af baser, som indeholder et ”større antal oplysninger”.

10. Erstatning for den lidte skade. § 83

I tilfælde af ophavsretskrænkelser har rettighedshaveren i medfør af ophavsretslovens § 83 mulighed for at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen har medført. Derudover kan der også kræves godtgørelse for ikke-økonomisk skade. § 83 hviler på retshåndhævelsesdirektivets art. 13. Direktivet er et minimumsdirektiv i forhold til beskyttelsen af rettighedshavere, og medlemsstaterne kan således vælge at vedtage yderligere foranstaltninger, der er gunstigere for rettighedshaverne, jf. art. 2, stk. 1.

I dansk og skandinavisk erstatningsret er det et stærkt indarbejdet synspunkt, at skadelidte ikke bør kunne opnå en berigelse ved tilkendelse af erstatning.¹⁵¹ Dette er en naturlig følge af erstatningsrettens taborienterede karakter og indebærer, at erstatningen ikke kan overstige det lidte tab. Grundsætningen om, at erstatningen ikke kan overstige det lidte tab, skal kun modificeres i de tilfælde af immaterialretskrænkelser, hvor der kræves "et rimeligt vederlag for udnyttelsen", der er en særlig type krav, der kan rejses. "Et rimeligt vederlag for udnyttelsen" svarer til "en rimelig licensafgift"¹⁵² og kan opfattes som det, rettighedshaveren ville kræve i en frivillig licensaftale, og rettighedshaveren ville naturligvis kræve et beløb, der sikrer, at han ikke lider et tab ved at give licens, og så lidt til. Og dette beløb er selvsagt større end det "lidte tab" i traditionel erstatningsretlig (dvs. snæver) forstand.

Spørgsmålet er herefter, om grundsætningen er retningsgivende for erstatningsudmålingen i dansk ret og i realiteten lægger loft over erstatningsbeløbet, som ikke er i overensstemmelse med direktivets minimumskrav.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget, der implementerer retshåndhævelsesdirektivet, indebærer direktivet ikke nogen principiel ændring i rammerne for erstatningsudmålingen, idet det anføres, at:

"Erstatningen skal i overensstemmelse med gældende erstatningsretlige principper fastsættes med udgangspunkt i det lidte tab. Det er således ikke muligt at få erstatning uden at dokumentere eller sandsynliggøre et tab."¹⁵³

I forbindelse med at lovforslaget introducerede "krænkerens uberettigede fortjeneste" som et nyt kriterium, tilføjes det endvidere:

¹⁵¹ F.eks. *von Eyben/Isager*, Lærebog i erstatningsret, Kbh. 2015 s. 339, *Vinding Kruse*, Erstatningsretten, Kbh. 1989 s. 342, Fællesnordisk betænkning om patentlovgivning, 1964 s. 336 og *Norrgård*, NIR 2004 s. 450.

¹⁵² FT 1990–91 (2. samling), Till. A, sp. 1922, FT 1994–95 Till. A, s. 1410 og bet. nr. 417/1966, s. 144.

¹⁵³ FT 2005–06, Till. A, s. 1364.

”Det nye kriterium kan eventuelt få betydning for erstatningens størrelse, idet det kan bevirke, at rettighedshaver i visse tilfælde vil kunne få en erstatning, der er større end det lidte tab.”¹⁵⁴

Og i forlængelse heraf:

”Men krænkernes fortjeneste kan være større end den forurettedes lidte tab; det har domstolene mulighed for at tage hensyn til ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse.”¹⁵⁵

Disse uklare lovbemærkninger førte bl.a. til spørgsmål i Erhvervsudvalget den 14.12.2005 (LF 48), hvortil økonomi- og erhvervsministeren bl.a. svarede, at

”[d]et er ikke med forslaget tilsigtet en kompensation udover det af rettighedshaver lidte tab.”

Det må være klart, at krav om dokumentation for det lidte tab ud fra en gennemsnitsbetragtning vil resultere i underkompensation i den forstand, at i visse sager vil det måske være muligt for rettighedshaveren at dokumentere det fulde tab, og i andre (sandsynligvis de fleste) sager kan rettighedshaveren kun dokumentere en del af det lidte tab. Da det ifølge sagens natur ikke er muligt at dokumentere mere end det lidte tab, vil det samlede lidte tab ikke blive kompenseret med dette dokumentationskrav. Ved at slække på dokumentationskravet og blot kræve sandsynliggørelse af et tab kan denne indbyggede underkompensation afhjælpes, men for at dette sker, forudsætter det en erkendelse af, at der i visse sager nødvendigvis må tilkendes en erstatning, der muligvis overstiger det af rettighedshaverens lidte tab. En sådan erkendelse kan ikke spores i retspraksis.

Lovforarbejderne lægger op til, at der kan ske en lempelse i erstatningsudmålingen ved at inddrage hensynet til krænkernes uberettigede fortjeneste.¹⁵⁶ En sådan lempelse vil aldrig kunne opveje den generelle underkompensation, der kan henføres til dokumentationsgraden, da det langt fra er i alle sager om ophavsretskrænkelser, at krænkeren opnår en fortjeneste (som f.eks. ved private deling af ophavsretsligt beskyttet materiale) og selv hvis der er en fortjeneste, vil størrelsen af den i mange tilfælde ikke kunne fastslås. Om indførelsen af ”krænkernes uberettigede fortjeneste” som et moment i erstatningsopgørelsen generelt har bidraget til højere tilkendte erstatningsbeløb, er på nuværende tidspunkt (ca. 10 år efter retshåndhævelsesdirektivets implementering) vanskeligt at vurdere.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Denne samme sætning blev løsrevet fra forarbejdernes øvrige betragtninger, og dermed noget misvisende, citeret i Højesterets dom af 26. august 2015 (sag 317/2013) om en designretlig krænkelse.

¹⁵⁵ FT 2005–06, Till. A, s. 1364.

¹⁵⁶ Se tilsvarende Højesterets dom af 26. august 2015 (sag 317/2013).

¹⁵⁷ Riis i *Ryberg m.fl. (red.)*, Dansk immaterialret II. Sanktioner og håndhævelse, Kbh. 2015 s. 41.

Baggrunden for direktivets bestemmelser om økonomisk kompensation var en konstatering af, at de udmålte erstatningsbeløb i medlemsstaterne var for små.¹⁵⁸ I Kommissionens forslag til retshåndhævelsesdirektivet var der foreslået regler, som ville medføre markant højere kompensationsbeløb. Der var således forslag om, at rettighedshaveren kunne tilkendes dels en "godtgørelse på det dobbelte af de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed" (dvs. det dobbelte af et rimeligt vederlag), dels hele den fortjeneste, som krænkeren havde opnået ved krænkelsen. Og endelig blev foreslået en for rettighedshaveren særlig gunstig bevisregel ved opgørelse af krænkerens fortjeneste.¹⁵⁹ I Europa-Parlamentet blev foreslået en yderligere alternativ kompensationsmulighed i form af såkaldt "*pre-established damages*" – dvs. et forudbestemt fast beløb pr. krænkelse, der svarer til de i US amerikansk ophavsret gældende "*statutory damages*", der navnlig i sager om privates ulovlige og omfattende upload eller download af ophavsretligt beskyttede værker har resulteret i meget høje kompensationsbeløb.¹⁶⁰ Disse skærpede regler fandt ikke vej til det endelige direktiv, og resultatet afspejler angiveligt medlemsstaternes forskellige traditioner samt en vis politisk uenighed,¹⁶¹ og det er derfor vanskeligt at fastslå præcist, hvilke minimumskrav direktivet stille.¹⁶² Der er ikke grund til at tro, at de danske regler for kompensation for ophavsretskrænkelse ikke skulle være i overensstemmelse med retshåndhævelsesdirektivet. Under hensyn til, at formålet med retshåndhævelsesdirektivet var at styrke retshåndhævelsen, samt det i direktivets art. 3, stk. 2, anførte om, de i direktivet harmoniserede retsmidler "skal ... være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning",¹⁶³ forekommer den tilsyneladende konsekvente fastholdelse i dansk retspraksis af læresætningen om, at rettighedshaveren ikke bør kunne opnå en berigelse på grund af krænkelse, at være for restriktiv, og at læresætningen derfor bør opgives *de sententia ferenda*.

11. Ophavsretslovens § 86. Lovens anvendelsesområde vedr. udøvende kunstnere.

Efter ophavsretslovens § 86 gælder bestemmelsen i § 65 om beskyttelsen af udøvende kunstnere for:

¹⁵⁸ F.eks. "Grønbog om bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering i det indre marked", KOM (1998) 569 af 15. oktober 1998, s. 20.

¹⁵⁹ KOM(2003) 45 endelig udg., s. 40.

¹⁶⁰ Europa-Parlamentets rapport, Rapporteur: Janelly Fourtou, 5. december 2003, FINAL A5-0468/2003, s. 28.

¹⁶¹ *Walter/von Lewinski (eds.)*, European Copyright Law s. 1307.

¹⁶² Selv efter retshåndhævelsesdirektivets harmoniserede regler om beregning af erstatning er den juridiske ramme herfor ifølge Kommissionen ikke er egnet til at klare udfordringerne på det digitale indre marked og indgår derfor i Kommissionens nye udspil til en EU-ophavsretsreform, jf. Kommissionens meddelelse "På vej mod en tidssvarende, mere europæisk ramme for ophavsret", COM(2015) 626 final, s. 12.

¹⁶³ Smh.m. præambelens 26. betragtning.

”1) fremførelser, der har fundet sted i et land inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, og

2) fremførelser, der er gengivet på lydoptagelser, som er beskyttede i henhold til bestemmelsen i stk. 2.”

Nogenlunde tilsvarende gælder i henhold til § 12, stk. 1, i udlandsbekendtgørelsen. Forskellen på de to normsæt er, at lovens §§ 85–87 fastlægger lovens umiddelbare anvendelsesområde, og således sigter på værker, fremførelser, optagelser osv. med tilknytning til Danmark og det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, hvorimod bekendtgørelsen udnytter den hjemmel, som lovens § 88 giver til, at kulturministeren under forbehold af gensidighed udvider lovens anvendelsesområde til andre lande.

Når man nu har valgt at harmonisere de nærtstående rettigheder på EU-plan, først og fremmest igennem direktivet om udleje, udlån og nærtstående rettigheder, men også i lyset af Domstolens afgørelse i Phil Collins-sagen, hvor man netop på dette område fastslog, at selv om diskrimination på basis af nationalitet er muligt i henhold til de internationale konventioner, herunder især Romkonventionen, men tilsvarende gælder nu også efter TRIPS Aftalen og WPPT, som begge henviser til Romkonventionen, så er det i grunden påfaldende, at man ikke benyttede anledningen til at harmonisere de herved anvendte tilknytningskriterier. Det kan vel ikke udelukkes, at man ved fri fortolkning kunne komme frem til, at når man gennemfører disse internationale instrumenter i EU-retten, så forudsætter man også, at medlemslandene yder hverandres medborgere beskyttelse efter samme kriterier som de, der skal anvendes over for tredjelande, men det står intetsteds skrevet, og spørgsmålet er således ikke harmoniseret på EU-plan. Alligevel er der grund til at påpege, at efter artikel 4, stk. 1, bogstav c, i Romkonventionen gælder yderligere et kriterium. I tillæg til fremførelser, som har fundet sted i Danmark, eller som er udgivet på en lydindspilning, der nyder selvstændig beskyttelse, skal der også ydes beskyttelse til fremførelser, som uden at være optaget på et fonogram medtages i en radio- eller fjernsynsudsendelse, som er beskyttet i henhold til de derom gældende kriterier. Tilsyneladende er dette kriterium blevet overset ved lovændringen i 2002, hvor disse regler blev revideret. Dets fravær er muligvis ikke i strid med EU-retten, men det er ikke i overensstemmelse med Danmarks forpligtelser i henhold til de førnævnte internationale konventioner og aftaler.

12. Ophavsretslovens § 92. Opretholdelse af tidligere privilegier mv.

Ophavsretslovens § 92 udtaler, at

”De i henhold til ældre lovgivning givne særlige privilegier og forbud forbliver i kraft”.

På den baggrund antages Kort- og Matrikelstyrelsen at have en evigtvarende forfatterret til udgivne land- og søkort efter forskellige plakater mv. fra 1816

og 1831.¹⁶⁴ At det forholder sig sådan, er lagt til grund af både Østre Landsret og Højesteret i UfR 2014.1396 H om søkort. Hertil kommer forskellige andre privilegier. Se nærmere de nævnte bøger af Schönning og Lund. Blandt andet er Københavns Universitet tilsyneladende i den heldige situation af have eneret til fremstilling af almanakker og kalendere. Hjemlen skal være nogle plakater og reskripter fra 16- og 1700-tallet.

De rettigheder, som § 92 udstyrer rettighedshaverne med, har indholdsmæssigt karakter af en slags ophavsrettigheder. Efter den gældende søkorts-plakat kan Kort- og Matrikelstyrelsen f.eks. forbyde andre at "efterstikke", "falholde" og "her i Riget at indføre" de omfattede søkort, jf. UfR 2014.1396 H. Og de fænomener, som § 92 vedrører, vil efter deres art normalt være litterære eller kunstneriske værker.

Men det fremgår af EU's beskyttelsestidsdirektiv, at værkers beskyttelsestid er ophavsmandens dødsår + 70 år. Og det følger af EU-retten, at medlemslandene i vidt omfang er afskåret fra at indføre alternative, ophavsretslignende beskyttelsesformer ud over dem, der følger af EU-direktiverne, jf. ovenfor 2.2. Det er derfor et spørgsmål, om § 92 er forenelig med EU-retten.

Som argument for kan nævnes, at § 92 viderefører en tilsvarende regel i 1961-ophavsretslovens § 62. Og beskyttelsestidsdirektivets art. 10, stk. 1, udtaler, at

Hvis en beskyttelsestid, der er længere end den tilsvarende periode i dette direktiv, allerede var gældende i en medlemsstat den 1. juli 1995, medfører dette direktiv ikke, at den pågældende beskyttelsestid afkortes i den pågældende medlemsstat.

På den anden side hviler både beskyttelsestidsdirektivet – og al anden ophavsretlig regulering i øvrigt – på den grundtanke, at beskyttelsen skal være tidsbegrænset. Bagved ligger et ræsonnement om, at beskyttelse i princippet er et indgreb i publikums ytrings- og bevægelsesfrihed, og at der knytter sig en række potentielle samfundsmæssige skadevirkninger til dette indgreb, bl.a. i form af monopolistisk prisdannelse mm. Derfor anses indgrebet kun for forsvarligt, fordi ophavsretten er forsynet med en række regler, som skal sørge for, at beskyttelsen ikke bliver for indgribende. Disse regler betyder bl.a., at man kun beskytter fænomener, der lever op til særlige beskyttelsesbetingelser, at man har undtagelser til ophavsretten, herunder om citat, privat brug, konsumtion mm, og at beskyttelsen kun har de ganske bestemte retsvirkninger, der er defineret i loven.

Det er ud fra samme tanke, at den ophavsretlige beskyttelse er tidsbegrænset. Det er et grundprincip, som skal skabe en passende balance mellem hensynet til rettighedshaverne og hensynet til omgivelserne, og sørge for, at beskyttelsen ikke tager overhånd. Der henvises f.eks. til den udførlige analyse i *Riis*, Ophavsret og retsøkonomi, Kbh. 1996. Princippet findes også inden for de andre immaterialrettsdiscipliner. Her opererer man endda typisk med langt kortere beskyttelses-

¹⁶⁴ Se bl.a. kommentaren til bestemmelsen i *Schønning*, Kommenteret ophavsretslov og kommentaren til den tilsvarende bestemmelse i 1961-lovens § 62 i *Lund*, Ophavsret.

tider end inden for ophavsretten. Den grundtanke, at beskyttelsen er nødt til at være tidsbegrænset, ligger også bag EU's beskyttelsestidsdirektiv.

Ophavsretslovens § 92 er imidlertid et brud på denne grundtanke. Det er et argument for, at § 92 ikke er i overensstemmelse med beskyttelsestidsdirektivet. Efter vores vurdering er argumentet tungtvejende.

13. Opsummering og afsluttende bemærkninger

Som det fremgår, udfordrer EU-retten altså bl.a. dansk ophavsret i relation til:

- Værksbegrebet og originalitetskravet (ovenfor 3)
- Fortolkningen af begreberne overføring og spredning til almenheden (ovenfor 4.1 og 4.2)
- Beskyttelsens "bredde" i forbindelse med ophavsretlige krænkelsesvurderinger (ovenfor 5.2 og 5.3)
- Princippet om parodiers lovlighed (ovenfor 5.4)
- Den manglende beskyttelse af love og domme mv., jf. ophavsretslovens § 9 (ovenfor 6)
- § 11 a om midlertidig eksemplarfremsstilling (ovenfor 7.2)
- § 12 om kopiering til privat brug (ovenfor 7.3)
- § 13, stk. 4, om lærere og elevers optagelser af egne fremførelser (ovenfor 7.4)
- § 15 om eksemplarfremsstilling på sygehuse mv. (ovenfor 7.5)
- § 16 a om gennemsyn af værker på biblioteker mv. (ovenfor 7.6)
- § 18 om antologier (ovenfor 7.7)
- § 19 om konsumtion af spredningsretten (ovenfor 7.8)
- § 21 om fremførelse ved gratisarrangementer, gudstjeneste og undervisning (ovenfor 7.9)
- § 22 om citat (ovenfor 7.10)
- § 23, stk. 1, om brug af billeder mv. i videnskabelige eller kritiske fremstillinger (ovenfor 7.11)
- § 23, stk. 3, om underordnet gengivelse af værker i andre medier (ovenfor 7.12)
- § 24 om gengivelse af kunstværker i kataloger (ovenfor 7.13)
- § 24, stk. 3, om fri adgang til at afbilde bygninger (ovenfor 7.14)
- § 26 om gengivelse af offentlige forhandlinger (ovenfor 7.15)
- § 31 om efemære optagelser (ovenfor 7.16)
- § 32 om gengivelse af værker i tv-udsendelser (ovenfor 7.17)
- § 34 om radio/tv-foretagenders udlevering af optagelser (ovenfor 7.18)
- § 35, stk. 2, om kabelretransmission til maksimum 2 modtagere (ovenfor 7.19)
- De minimis-princippet (ovenfor 7.20)
- § 39 ff. om blankbåndsvederlag (ovenfor 8)
- § 71 om beskyttelse af databaser (ovenfor 9)
- § 83 om udmåling af erstatning for den lidte skade (ovenfor 10)
- § 86 om lovens anvendelsesområde vedr. udøvende kunstnere (ovenfor 11)
- § 92 om opretholdelse af tidligere privilegier (ovenfor 12)

Det er ikke sikkert, at opregningen er udtømmende. Og det er muligt, at EU-retten også udfordrer dansk ophavsret på andre punkter end dem, der er nævnt ovenfor.

Måske kan man anfægte visse af vores analyser og punkter, men vi mener at have dokumenteret eksistensen af et *generelt problem* for dansk ophavsret med mangelen overensstemmelse med de EU-retlige forpligtelser. Dette bør have konsekvenser for samtlige aktører i dansk ophavsret:

Domstole og andre retsanvendere vil i en række tilfælde kunne adressere vanskelighederne inden for den eksisterende retlige ramme gennem en passende fortolkning. Det er et almindeligt udgangspunkt både i dansk ret og efter EU-retten, at danske domstole og andre retsanvendere så vidt muligt skal tolke førstnævnte, så der skabes overensstemmelse med sidstnævnte. Se ovenfor 2.4. Det princip vil bevirke, at en række af de EU-retlige udfordringer kan løses ved passende justeringer i den måde, vi tolker og anvender de ophavsretlige regler på i Danmark. Traditionelt har vi f.eks. ment, at det ophavsretlige parodiprincip (ovenfor 5.4) betød, at parodier på værker kun var lovlige, hvis de tilsigtede at latterliggøre selve de værker, der indgik i dem. Nu har EU-Domstolen bestemt, at parodier på værker også er lovlige, selvom de tilsigter at latterliggøre noget andet end dem, f.eks. politikere. Den EU-retlige udfordring kan løses gennem en EU-retskonform fortolkning af de eksisterende principper i kommende sager. Hvis de EU-retlige problemer skal klares gennem fortolkning, er det imidlertid vigtigt, at domstolene er bevidste om den måde, EU-retten påvirker dansk ophavsret på. Det glippede f.eks. for Sø- og Handelsretten i UfR 2018.516 H, omtalt ovenfor 7.9.

På det mere principielle plan bør ophavsrettens *europæisering* føre til, at domstolene i stigende grad orienterer sig i forhold til de EU-retlige kilder. Dette indebærer i første række en tæt inddragelse af domme fra EU-domstolen. Synspunktet om ophavsrettens europæisering bør nok også føre til, at danske domstole på det ophavsretlige område bliver mere lydhør over for synspunkter fra domstole i andre EU-lande og orienterer sig efter EU *mainstream praksis*. Domstolene bør med andre ord opfatte ophavsretten som en i første omgang *europæisk retsdisciplin* og bør tilpasse deres retskildeopfattelse herefter. Det er også et led heri, at domstolene anerkender helt utvetydigt, at den almindelige pligt til præjudicielle forelæggelser er udvidet i takt med den bredere fortolkning af direktivernes anvendelsesområde.

Lovgiver må også på banen. Der er således grænser for, hvor langt man kan nå ad lovfortolkningens vej. For som sagt ovenfor 2.4 ligger det fast, at EU-direktiver ikke kan lede til national retsanvendelse *contra legem* i sager mellem private. Hvis EU-retten fører til et resultat, der strider mod en udtrykkelig, umisforståelig regel i ophavsretsloven, kan domstolene derfor ikke tolke sig ud af det i sager mellem private parter. Der er derfor ingen vej uden om, at lovgivningen i et vist omfang må ændres. For lovgiver er den omstændighed, at den danske ophavsretslov på en række områder er i åbenbar modstrid med EU-forpligtelserne, naturligvis uholdbar, da det ikke alene indebærer en risiko for, at staten ifalder ansvar, men fører til en unødvendig retsuklarhed på et område af stor samfundsmæssig betydning.

Her er der brug for lovændringer. Nationale lovændringer bør koordineres med EU-udviklingen. Den europæiske lovgiver arbejder på nuværende tidspunkt på en omfattende revision for at gøre de europæiske regler ”fit for purpose”. De er dog de færreste af de fleste bestemmelser, som er omhandlet i denne artikel, som vil blive adresseret i de af Europa-Kommissionen foreslåede instrumenter.

Endelig må de *juridiske forfattere* også i højere grad være bevidste om den måde, EU-retten påvirker ophavsretten på. Den tid, hvor det var nok at gennemgå lovens forarbejder og UfR, er forbi. Man er også nødt til at kontrollere, hvad der står i EU-direktiverne, og om der er kommet nye domme fra EU-Domstolen.

Vi har i denne artikel fokuseret på *dansk ophavsret* (i den udstrækning denne term fortsat giver mening), men vi er ikke i tvivl om, at forholdene er de samme inden for andre jurisdiktioner. Dette gælder især for de øvrige nordiske lande, hvor vi (som også antydnet undervise i analyserne i diverse noter m.v.) har en forventning om, at man vil finde problemer, som i ret vid udstrækning vil svare til dem, som vi har påpeget.

Vi håber, at vi med denne artikel kan sætte gang i en debat i og på tværs af de nordiske lande af rammerne for vores nationale ophavsretslove og forholdet til EU/EØS-retten. Først skridt kunne være at foretage tilsvarende kortlægninger – *serviceeftersyn* – for de øvrige nordiske lande. Hvis man på denne måde kunne opnå et klart overblik over de fælles (og givet rent nationale udfordringer) ville der måske kunne opstå et nordisk udgangspunkt. Dette kunne danne afsæt for både *reaktive* og *proaktive* skridt. Lovgivningen skal ændres (gerne koordineret) og domstole og praktikere skal blive bedre til at orientere sig internationalt. Det er på ingen måde vores hensigt med disse bemærkninger at antyde, at man ikke bør bevare sin sunde skepsis over for udviklingen af ophavsretten i EU. Pointen er derimod, at enhver fornuftig og rationel deltagelse i denne udvikling – både på det politiske og retsanvendende plan – forudsætter, at man har en realistisk opfattelse af, hvad området for den nationale ophavsret egentlig er.